SỔ TAY LUẬT SƯ

TẬP 3

KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TƯ VẤN TRONG LĨNH VỰC ĐẦU TƯ, KINH DOANH, THƯƠNG MẠI

LIÊN ĐOÀN LUẬT SƯ VIỆT NAM

JICA PHÁP LUẬT 2020

SỔ TAY LUẬT SƯ

TẬP 3

KỸ NĂNG HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ TƯ VẤN TRONG LĨNH VỰC ĐẦU TƯ, KINH DOANH, THƯƠNG MẠI

NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA SỰ THẬT

Hà Nội - 2017

CÁC TÁC GIẢ BIÊN SOẠN

Trưởng nhóm biên soạn: **LS. Trương Nhật Quang**

Chương 1	:	Giới thiệu các kỹ năng chuyên sâu về tư vấn	LS. Trương Nhật Quang và Vũ Nguyễn Ngọc Anh
Chương 2	:	Tư vấn hoạt động đầu tư	LS. Trần Tuấn Phong, Nguyễn Vũ Quỳnh Lâm, Nguyễn Thùy Trang, Trần Thị Thu Thảo, Từ Duy Anh, Lê Trọng Đạt và Võ Thanh Thủy
Chương 3	:	Tư vấn thành lập doanh nghiệp	LS. Lê Thị Lộc và LS. Vũ Dzũng
Chương 4	:	Tư vấn mua bán doanh nghiệp	LS. Nguyễn Hưng Quang và các cộng sự
Chương 5	:	Tư vấn lĩnh vực bất động sản	LS. Vũ Thị Quế và LS. Huỳnh Thị Thu Thủy
Chương 6	:	Tư vấn lĩnh vực xây dựng	LS. Lê Nết
Chương 7	:	Tư vấn lĩnh vực lao động	LS. Nguyễn Hữu Phước
Chương 8	:	Tư vấn hợp đồng tín dụng quốc tế - Các điều khoản chính	LS. Trần Anh Đức, Huỳnh Lê Hải Thủy, Trần Sơn Minh, Uông Thị Mỹ Châu và Lê Nguyễn Minh Châu
Chương 9	:	Tư vấn quyền sở hữu trí tuệ	LS. Lê Quang Vy LS. Trần Mạnh Hùng
Chương 10	:	Tư vấn hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế	LS. Nguyễn Trung Nam, Nguyễn Trường Giang và Tạ Ngọc Thạch
Chương 11	:	Tư vấn các biện pháp phòng vệ thương mại	LS. Đinh Ánh Tuyết

LỜI NHÀ XUẤT BẢN

Công cuộc Đổi mới của Việt Nam đã trải qua hơn 30 năm và đạt được những thành tựu rất đáng ghi nhận, đặc biệt là về kinh tế - xã hội, cùng với đó là sự hoàn thiện từng bước của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa. Hệ quả của sự phát triển nhanh chóng này chính là rất nhiều các vấn đề ngày càng phức tạp trong sản xuất kinh doanh, quan hệ xã hội. Do đó, sự có mặt của Luật sư trong việc giải quyết các tranh chấp và tư vấn trong nhiều lĩnh vực là rất cần thiết và đã trở nên không còn xa lạ. Luật sư ngày nay được nhìn nhận với tư cách là một nghề nghiệp có vị thế và vai trò quan trọng, góp phần không nhỏ trong việc đem lại công bằng, bình đẳng cho xã hội.

Chính vì vị trí, vai trò và chức năng xã hội đặc biệt quan trọng như vậy, các Luật sư ngoài những kiến thức pháp luật sâu rộng, còn cần phải có những hiểu biết phong phú về nhiều lĩnh vực, đặc biệt, phải là người có đạo đức trong sáng, giàu lòng trắc ẩn và có tinh thần dũng cảm, luôn bảo vệ chính nghĩa. Muốn trở thành Luật sư, một cá nhân phải trải qua thời gian dài với không ít thử thách trong việc tích lũy kinh nghiệm, tạo dựng uy tín cá nhân. Vì vậy, nhiều Luật sư mới vào nghề có thể sẽ bỡ ngỡ và lúng túng trong xử lý các vụ việc cụ thể.

Với mục đích đào tạo những Luật sư vừa "hồng" vừa "chuyên", xây dựng đội ngũ Luật sư Việt Nam ngày càng vững mạnh, Liên đoàn Luật sư Việt Nam phối hợp với Cơ quan hợp tác Quốc tế Nhật Bản (JICA) biên soạn bộ ***Sổ tay luật sư*** gồm 3 tập và xuất bản tại Nhà xuất bản Chính trị quốc gia Sự thật.

Theo LS.TS. Phan Trung Hoài - Phó Chủ tịch Liên đoàn Luật sư Việt Nam, Trưởng Tiểu ban xây dựng ***Sổ tay luật sư*** thì bộ sách này là tập hợp những kinh nghiệm quý báu được chắt lọc theo kiểu "rút ruột nhả tơ" của những Luật sư có thâm niên và uy tín trong nghề, với tinh thần "cầm tay chỉ việc" nhằm dìu dắt thế hệ Luật sư trẻ vững vàng hơn trong con đường hành nghề luật sư đầy khó khăn, thử thách.

Vì vậy, ngoài những lý thuyết chung, bộ sách tập trung vào trình bày các kỹ năng hành nghề, bao gồm: Kỹ năng cứng liên quan đến thực hành, áp dụng pháp luật và kỹ năng mềm trong quá trình cung cấp dịch vụ pháp lý mà các Luật sư cần chú ý. Bộ sách được chia làm 3 tập với nội dung chính như sau:

Tập 1 - Luật sư và hành nghề luật sư: Giới thiệu những nội dung cơ bản về Luật sư và nghề luật sư. Ngoài ra, Tập 1 cũng đề cập các vấn đề cơ bản nhưng đặc biệt quan trọng mà mỗi Luật sư cần quan tâm, như: Thù lao luật sư; Bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp luật sư; Hợp đồng dịch vụ pháp lý; Chế độ tài chính, kế toán và thuế mà Tổ chức hành nghề luật sư cần tuân thủ,...

Tập 2 - Kỹ năng hành nghề luật sư trong tố tụng hình sự, hành chính, dân sự: Giới thiệu những kỹ năng hành nghề của Luật sư khi tham gia tranh tụng trong các vụ án hình sự, hành chính, dân sự. Ngoài ra, Tập 2 cũng cung cấp một số vấn đề cơ bản và những kỹ năng mà Luật sư cần có khi tham gia tố tụng trọng tài.

Tập 3 - Kỹ năng hành nghề luật sư tư vấn trong lĩnh vực đầu tư, kinh doanh, thương mại: Giới thiệu những kỹ năng hành nghề của Luật sư trong lĩnh vực tư vấn đầu tư, kinh doanh, thương mại, đặc biệt là các lĩnh vực xây dựng, mua bán - sáp nhập (M&A), bất động sản,... Bên cạnh đó, Tập 3 còn cung cấp một số quy trình tư vấn cũng như mẫu văn bản tư vấn cụ thể mà các Luật sư có thể tham khảo khi thực hiện các dịch vụ tư vấn đặc thù.

Bộ ***Sổ tay luật sư*** (3 tập) thực sự là món quà có ý nghĩa của lớp Luật sư đàn anh gửi tặng cho các thế hệ đi sau. Tuy nhiên, do đây là công trình của nhiều tác giả và được biên soạn trong một thời gian ngắn nên chắc chắn sẽ còn một số thiếu sót. Các tác giả và Nhà xuất bản rất mong nhận được ý kiến đóng góp của độc giả để bộ sách tiếp tục được hoàn thiện trong những lần xuất bản sau.

Xin trân trọng giới thiệu với bạn đọc.

Tháng 10 năm 2017

NHÀ XUẤT BẢN CHÍNH TRỊ QUỐC GIA SỰ THẬT

MỤC LỤC

LỜI NÓI ĐẦU

Sổ tay Luật sư - Tập 3 cùng với hai tập trước đó là bộ ba ấn phẩm nằm trong khuôn khổ dự án Hợp tác kỹ thuật trong lĩnh vực pháp luật giữa Nhật Bản và Việt Nam (Dự án JICA) được thực hiện thông qua Cơ quan hợp tác quốc tế Nhật Bản (JICA) và các cơ quan, tổ chức Việt Nam, trong đó Liên đoàn Luật sư Việt Nam là một trong các tổ chức đối tác của dự án.

Sổ tay Luật sư - Tập 3 được viết ra với mục đích chủ yếu là phục vụ quá trình hành nghề của các Luật sư tư vấn trong lĩnh vực đầu tư, kinh doanh và thương mại. Bên cạnh đó, cuốn sách này cũng có thể là một nguồn tài liệu tham khảo bổ ích dành cho các giảng viên, sinh viên luật mong muốn hiểu biết các kiến thức pháp lý cơ bản từ góc độ lý luận và thực tiễn. Cuốn sách cũng hữu ích đối với những người quản lý doanh nghiệp và những ai quan tâm tìm hiểu các kiến thức pháp lý và kinh nghiệm hành nghề thực tế trong các lĩnh vực chuyên sâu cụ thể như giao dịch thương mại, đầu tư nước ngoài và hoạt động công ty (bao gồm cả hoạt động mua bán và sáp nhập), bất động sản, xây dựng, lao động, tài chính - ngân hàng, sở hữu trí tuệ và thương mại quốc tế, v.v..

Khi biên soạn cuốn sách, nhóm tác giả không có ý định mô tả và liệt kê các quy định của pháp luật có liên quan trong từng lĩnh vực tư vấn cụ thể. Thay vào đó, cuốn sách tập trung phân tích các vấn đề pháp lý cơ bản nhất và trình bày những kinh nghiệm cũng như kỹ năng hành nghề tư vấn thực tế trong từng lĩnh vực được nêu ở trên. Các vấn đề pháp lý được trình bày trong cuốn sách chủ yếu được phân tích theo quy định hiện hành của các bộ luật, văn bản luật cơ bản trong từng lĩnh vực.

Ở một số chuyên đề có liên quan, cuốn sách cũng phân tích hoặc dẫn chiếu các quy định của các văn bản hướng dẫn thi hành và bộ Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam của Liên đoàn Luật sư Việt Nam.

Nhóm tác giả không có mục đích cung cấp ý kiến tư vấn về các vấn đề pháp lý được trình bày trong cuốn sách. Nội dung các vấn đề pháp lý và kinh nghiệm hành nghề của từng chuyên đề là ý kiến cá nhân của từng tác giả hoặc nhóm tác giả và không được hiểu là ý kiến tư vấn của các công ty luật hoặc văn phòng luật sư nơi mà các tác giả này đang làm việc.

Sổ tay Luật sư - Tập 3 được hoàn thành với sự đóng góp quý báu về nội dung bởi các Luật sư có nhiều kinh nghiệm hành nghề thực tế tại Việt Nam trong các lĩnh vực đầu tư, kinh doanh và thương mại quốc tế. Bên cạnh đó, nhóm tác giả xin đặc biệt cảm ơn bà Nguyễn Thị Hằng Nga (Chánh văn phòng Liên đoàn Luật sư Việt Nam) và bà Cao Thị Nga (Thư ký Liên đoàn Luật sư Việt Nam) vì đã dành nhiều tâm huyết, hỗ trợ nhóm tác giả trong việc hoàn thành cuốn sách. Nhóm tác giả cũng xin chân thành cảm ơn ông Lê Hoàng Nam, bà Vũ Nguyễn Ngọc Anh, bà Nguyễn Hoàng Anh và bà Bùi Thị Ngọc Hiền làm việc tại Công ty luật trách nhiệm hữu hạn YKVN đã dành thời gian đọc, kiểm tra các quy định pháp luật được trích dẫn cũng như quy định về hình thức trình bày trong cuốn sách này. Nhóm tác giả không thể hoàn thành cuốn sách này nếu thiếu những giúp đỡ quý báu trên.

Hy vọng cuốn sách sẽ là một nguồn tham khảo bổ ích cho các Luật sư và các độc giả có quan tâm.

Xin chân thành cám ơn.

NHÓM TÁC GIẢ

DANH MỤC TỪ VIẾT TẮT

CISG	:	Công ước Viên năm 1980 của Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế
Công ước Pari	:	Công ước Pari về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp
Công ước Rome	:	Công ước Rome về bảo hộ người biểu diễn, nhà sản xuất bản ghi âm, tổ chức phát sóng
FIDIC	:	Hiệp hội quốc tế các kỹ sư tư vấn
Hiệp định GATT 1994	:	Hiệp định chung về thuế quan và thương mại năm 1994
Green Book 1999 hoặc FIDIC Short Form	:	Các điều kiện hợp đồng ngắn gọn của hợp đồng FIDIC
Hợp đồng BCC	:	Hợp đồng hợp tác kinh doanh
Hợp đồng FIDIC	:	Các hợp đồng/điều kiện hợp đồng được FIDIC giới thiệu để áp dụng cho lĩnh vực xây dựng
Hiệp định SCM	:	Hiệp định về trợ cấp và các biện pháp đối kháng
Hiệp định AD	:	Hiệp định về chống bán phá giá thực thi Điều VI của Hiệp định GATT 1994
Hiệp định SG	:	Hiệp định về biện pháp tự vệ
ICC	:	Phòng Thương mại Quốc tế
M&A	:	Mua bán doanh nghiệp (Merging and Acquisition)
MOU	:	Biên bản ghi nhớ hay thỏa thuận ghi nhớ (Memorandum of Understanding)
Nhà đầu tư theo thủ tục đầu tư nước ngoài	:	Bao gồm: (i) Nhà đầu tư nước ngoài, (ii) Tổ chức kinh tế có nhà đầu tư nước ngoài nắm giữ từ 51% vốn điều lệ trở lên, (iii) Tổ chức kinh tế có tổ chức kinh tế tại điểm (ii) nắm giữ từ 51% vốn điều lệ trở lên, hoặc (iv) Tổ chức kinh tế có nhà đầu tư nước ngoài và tổ chức kinh tế tại điểm (ii) nắm giữ từ 51% vốn điều lệ trở lên.

Pink Book (Quyển sách hồng)	: Các điều kiện hợp đồng dùng cho các công trình kỹ thuật do chủ đầu tư thiết kế và được các ngân hàng tái thiết tài trợ vốn, bao gồm các ấn bản năm 2005, 2006 và/hoặc 2010
PICC	: Bộ nguyên tắc về hợp đồng thương mại quốc tế do Viện Quốc tế về nhất thể hóa luật tư (UNIDROIT) ban hành
Red Book 1999 (Quyển sách đỏ 1999)	: Các điều kiện hợp đồng xây dựng cho các công trình kỹ thuật do chủ đầu tư thiết kế của hợp đồng FIDIC
SIAC	: Trung tâm trọng tài quốc tế Xingapo
Silver Book 1999 hoặc Hợp đồng EPC/Turnkey (Quyển sách bạc 1999)	: Các điều kiện hợp đồng dành cho nhà máy của hợp đồng FIDIC
UCC	: Bộ luật thương mại thống nhất Hoa Kỳ
UNIDROIT	: Viện Quốc tế về nhất thể hóa pháp luật tư
VIAC	: Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam
VND	: Đồng Việt Nam, tiền tệ thanh toán chính thức được lưu hành tại Việt Nam
WTO	: Tổ chức Thương mại thế giới
Yellow Book 1999 (Quyển sách vàng 1999)	: Các điều kiện hợp đồng xây dựng cho các công trình kỹ thuật do nhà thầu thiết kế của hợp đồng FIDIC

Chương 1
GIỚI THIỆU CÁC KỸ NĂNG CHUYÊN SÂU VỀ TƯ VẤN

Trong quá trình hành nghề, Luật sư cần có nhiều kỹ năng khác nhau để thực hiện hoạt động tư vấn pháp lý cho khách hàng. Trong đó, ba kỹ năng thông dụng nhất đối với một Luật sư tư vấn là: Kỹ năng soạn thảo văn bản tư vấn, kỹ năng đàm phán hợp đồng và kỹ năng soạn thảo hợp đồng. Xét một cách tương đối, kỹ năng soạn thảo văn bản tư vấn là kỹ năng đơn giản nhất trong ba kỹ năng trên vì kỹ năng này chủ yếu mang tính "kỹ thuật". Kỹ năng đàm phán hợp đồng thường phức tạp hơn vì phụ thuộc vào khả năng xử lý các tình huống đa dạng và bất ngờ trong đàm phán. Kỹ năng soạn thảo hợp đồng thường đòi hỏi Luật sư phải hiểu rõ cấu trúc của mỗi giao dịch để xác định và xử lý các rủi ro có thể phát sinh từ giao dịch. Việc soạn thảo hợp đồng đòi hỏi sự sáng tạo của Luật sư trong việc tạo ra sản phẩm đáp ứng được các yêu cầu cụ thể của khách hàng.

I. YÊU CẦU CHUNG ĐỐI VỚI LUẬT SƯ TƯ VẤN

Sau khi tốt nghiệp cử nhân ngành luật, một người thường có nhiều lựa chọn nghề nghiệp cho mình, bao gồm việc có thể ở lại trường đại học làm giảng viên, làm việc tại Tòa án hoặc Viện kiểm sát để trở thành Thẩm phán hoặc Kiểm sát viên trong tương lai, làm công việc pháp chế tại doanh nghiệp, v.v., hoặc có thể tiếp tục học lên để nâng cao trình độ học vấn. Tuy nhiên, nếu quyết định làm việc tại một tổ chức hành nghề luật sư, người đó sẽ phải bắt đầu một con đường nghề nghiệp hoàn toàn khác với các sự lựa chọn ở trên. Về cơ bản, nghề

luật sư là nghề cung cấp dịch vụ, do đó, hoạt động tư vấn pháp luật của Luật sư có một số yêu cầu đặc thù so với công việc của giảng viên, Thẩm phán, Kiểm sát viên, người làm công tác pháp chế doanh nghiệp và sinh viên học cao học, v.v..

Luật sư thường được phân thành hai loại: Luật sư tư vấn và Luật sư tranh tụng. Ở Việt Nam, sự khác biệt này chỉ có tính quy ước vì dù là tư vấn hay tranh tụng thì Luật sư đều phải học kỹ năng hành nghề luật sư tại Học viện Tư pháp và phải trải qua giai đoạn tập sự trước khi chính thức trở thành Luật sư. Sự khác biệt, nếu có, liên quan đến vai trò của Luật sư tư vấn và Luật sư tranh tụng là: Luật sư tư vấn thường tư vấn cho khách hàng khi chưa có tranh chấp, còn Luật sư tranh tụng thường tư vấn cho khách hàng sau khi phát sinh tranh chấp. Dưới đây là các yêu cầu chung áp dụng cho Luật sư tư vấn, tuy nhiên, các yêu cầu chung này cũng có thể được áp dụng cho cả Luật sư tranh tụng.

Yêu cầu chung áp dụng cho Luật sư tư vấn chủ yếu hình thành từ các yêu cầu nghề nghiệp của Luật sư khi làm việc theo yêu cầu của khách hàng. Khách hàng đến gặp Luật sư để giải quyết một vấn đề pháp lý cụ thể. Do vậy, Luật sư luôn phải tự đặt câu hỏi: Cần làm gì để mang lại giá trị cho khách hàng, nếu không có ý kiến tư vấn của Luật sư thì khách hàng có đạt được kết quả mong muốn hay không. Bên cạnh đó, Luật sư cũng cần phát huy tối đa năng lực của mình để tư vấn những giải pháp pháp lý tốt nhất, mang tính khả thi cao và giải quyết được các vấn đề pháp lý cụ thể của khách hàng. Cuối cùng, cần lưu ý, nếu ý kiến tư vấn không đúng quy định của pháp luật hay không đạt yêu cầu của khách hàng hoặc có vi phạm trong quá trình hành nghề, thì Luật sư có thể phải chịu rất nhiều trách nhiệm pháp lý như trách nhiệm kỷ luật, hành chính, dân sự và hình sự.

1. Luật sư tư vấn cần tìm được giải pháp cụ thể cho vấn đề pháp lý

Khi thực hiện hoạt động tư vấn pháp luật, Luật sư cần đạt được kết quả cuối cùng là đưa ra một giải pháp rõ ràng cho vấn đề pháp lý mà

khách hàng gặp phải. Đây chính là mục tiêu mà khách hàng muốn đạt được khi thuê Luật sư. Một giải pháp cụ thể cho vấn đề pháp lý cần thể hiện được: (i) Khách hàng cần làm gì để đạt được mục tiêu của mình; (ii) Khách hàng có được phép làm hay không; (iii) Nếu có thì khách hàng phải làm như thế nào; (iv) Có hậu quả pháp lý gì với khách hàng nếu vi phạm pháp luật liên quan.

Đầu tiên, Luật sư cần xác định được vấn đề pháp lý cụ thể mà khách hàng cần tư vấn để chỉ ra được giải pháp cho vấn đề. Trong thực tế hành nghề, các Luật sư có thể gặp trường hợp khách hàng không nói rõ yêu cầu hoặc chỉ đưa ra các mô tả về tình huống, cảm xúc hoặc dự định của mình để nhờ Luật sư hỗ trợ. Nhiệm vụ của Luật sư lúc này là dựa trên kiến thức về pháp luật để tìm ra từng vấn đề pháp lý cụ thể, phân tích luật, tìm ra câu trả lời hoặc giải pháp cho từng vấn đề pháp lý cụ thể của khách hàng.

Ví dụ, khách hàng nói với Luật sư: "Tôi cần mua cổ phần để nắm quyền kiểm soát Công ty cổ phần X". Và trong quá trình trao đổi, khách hàng thể hiện ý định muốn kiểm soát Công ty cổ phần X thông qua việc kiểm soát mọi quyết định quản lý và hoạt động hàng ngày của công ty. Theo Luật doanh nghiệp năm 2014, cơ cấu quản lý chính của công ty cổ phần bao gồm: Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát và Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc[1]. Ở đây, vấn đề pháp lý cụ thể là khách hàng muốn kiểm soát mọi quyết định của Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát và Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc Công ty cổ phần X. Liên quan đến các vấn đề pháp lý trên, các câu hỏi cụ thể cần đặt ra là:

- *Khách hàng cần làm gì để đạt được mục tiêu của mình?* Cụ thể, khách hàng cần mua bao nhiêu phần trăm vốn điều lệ để có quyền kiểm soát mọi quyết định của Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát và Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc Công ty cổ phần X;

1. Điều 134 Luật doanh nghiệp năm 2014.

- *Khách hàng có được phép làm hay không?* Nếu khách hàng cần mua 51% hoặc 65% vốn điều lệ của Công ty cổ phần X, thì khách hàng có được phép mua tới tỷ lệ phần trăm vốn điều lệ như vậy không;

- *Nếu có, thì khách hàng làm như thế nào?* Khách hàng có cần yêu cầu Công ty cổ phần X loại bỏ một số ngành, nghề kinh doanh trong Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp để có thể mua tới tỷ lệ phần trăm vốn điều lệ như vậy không;

- *Có hậu quả pháp lý gì với khách hàng nếu vi phạm pháp luật liên quan?* Các vị trí quản lý công ty do khách hàng chỉ định có phải chịu trách nhiệm (trách nhiệm hành chính, hình sự và dân sự) nếu đưa ra quyết định sai đối với hoạt động của Công ty cổ phần X không.

Câu trả lời cho các câu hỏi trên khi tập hợp lại sẽ đưa ra được giải pháp, hoặc các hành động pháp lý cụ thể mà Luật sư cần tư vấn cho khách hàng để đạt được mục đích là kiểm soát Công ty cổ phần X. Nói cách khác, giải pháp do Luật sư đưa ra cho khách hàng phải hướng đến giải quyết trực tiếp các vấn đề mà khách hàng đang quan tâm và được trình bày một cách ngắn gọn, đầy đủ, có hệ thống.

2. Ý kiến tư vấn của Luật sư phải khả thi

Ý kiến tư vấn của Luật sư phải có khả năng thực hiện được và căn cứ trên điều kiện thực tế của khách hàng. Khách hàng luôn kỳ vọng các ý kiến tư vấn của Luật sư là có thể áp dụng và tạo thêm giá trị cho họ. Trong quá trình hành nghề, Luật sư có thể gặp nhiều khách hàng có những vấn đề pháp lý tương tự nhau. Trong trường hợp như vậy, Luật sư thông thường sẽ vận dụng kinh nghiệm của mình hoặc hỏi kinh nghiệm của các Luật sư cấp cao hơn để hình dung về ý kiến tư vấn. Tuy nhiên, các vụ việc không bao giờ giống nhau hoàn toàn. Trong các tình huống tương tự, mỗi khách hàng có điều kiện tài chính, đặc điểm tâm lý hoặc mong muốn cụ thể khác nhau. Luật sư cần cân nhắc điều kiện thực tế của từng khách hàng để tìm ra giải pháp khả thi nhất cho từng tình huống cụ thể.

Tiếp tục ví dụ trên, để tìm ra giải pháp pháp lý có tính khả thi cho khách hàng, Luật sư cần phải tìm hiểu rõ hơn về: Các điều kiện thực tế

của khách hàng (như mong muốn, ý định cụ thể và khả năng tài chính); Các điều kiện khách quan (như quy định của pháp luật, và bên có nhu cầu bán cổ phần đáp ứng mong muốn của khách hàng). Liên quan đến các vấn đề pháp lý trên, ý kiến tư vấn của Luật sư cần giải quyết được các câu hỏi cụ thể như sau:

- *Mong muốn cụ thể về lợi ích kinh tế của khách hàng là gì?* Ví dụ, khách hàng muốn kiểm soát công ty một cách chủ động hay bị động? Nếu là kiểm soát chủ động, Luật sư có thể tư vấn cho khách hàng mua số cổ phần với phần trăm vốn điều lệ tương đương với tỷ lệ biểu quyết thông qua các quyết định của Đại hội đồng cổ đông Công ty cổ phần X (thường là 65% hoặc 75%). Trong trường hợp này, khách hàng hoàn toàn kiểm soát mọi quyết định của Công ty cổ phần X, nghĩa là chỉ cần khách hàng bỏ phiếu tán thành thì mọi quyết định của Công ty cổ phần X sẽ được thông qua. Nếu là kiểm soát bị động, Luật sư có thể tư vấn cho khách hàng mua số cổ phần tương tương đương với tỷ lệ biểu quyết mà nếu không có sự đồng ý của khách hàng thì các quyết định sẽ không được xem xét thông qua;

- *Khả năng tài chính của khách hàng có cho phép không?* Ví dụ, nếu khách hàng muốn kiểm soát chủ động Công ty cổ phần X nhưng giá cổ phiếu Công ty cổ phần X quá cao, vượt quá khả năng tài chính của khách hàng thì Luật sư có thể tư vấn cho khách hàng cân nhắc việc kiểm soát bị động để vẫn có thể kiểm soát được Công ty cổ phần X mà chỉ cần mua số lượng cổ phần ít hơn, phù hợp hơn với năng lực tài chính thực tế của khách hàng;

- *Các quy định của pháp luật có cho phép hay không?* Ví dụ, trường hợp khách hàng là nhà đầu tư nước ngoài muốn kiểm soát bằng cách mua 65% vốn điều lệ của Công ty cổ phần X nhưng pháp luật quy định là khách hàng chỉ có thể nắm giữ tối đa 51%, thì Luật sư có thể tư vấn cho khách hàng mua một tỷ lệ khác bằng hoặc dưới 51% nhưng vẫn bảo đảm ý định kiểm soát Công ty cổ phần X của khách hàng;

- *Có bên bán cổ phần thỏa mãn các điều kiện của khách hàng hay không?* Trong một số trường hợp, Luật sư có thể tư vấn cho khách hàng

các giải pháp pháp lý trên, nhưng để ý kiến tư vấn mang tính thực tế cao cần phải lưu ý khách hàng kiểm tra nguồn cung cấp cổ phần phù hợp với các yêu cầu đặt ra trong ý kiến tư vấn liên quan đến bên bán, số lượng và giá bán.

Bên cạnh đó, nếu giải pháp mà Luật sư đưa ra cho khách hàng có yêu cầu về chi phí bổ sung (như thuế chuyển nhượng) hoặc các rủi ro quan trọng (như khả năng các bên thứ ba và cơ quan nhà nước đưa ra các chấp thuận cần thiết, khả năng thi hành các điều khoản cụ thể của hợp đồng tại Tòa án Việt Nam, v.v.), thì Luật sư cũng cần giải thích rõ ràng cho khách hàng về các chi phí và biện pháp để xử lý các rủi ro đó. Các chi tiết này sẽ giúp khách hàng đưa ra quyết định phù hợp nhất đối với giải pháp mà Luật sư tư vấn.

3. Luật sư tư vấn cần làm việc theo khung thời gian của khách hàng

Khách hàng khi tiếp cận dịch vụ pháp lý luôn mong muốn Luật sư sẽ làm việc hết mình vì họ, luôn đặt quyền lợi của họ lên trên hết và luôn có trách nhiệm với công việc. Vì vậy, Luật sư không nên rời văn phòng đúng 5h30 chiều, từ chối làm việc trong ngày lễ hoặc ngày nghỉ và cảm thấy khó chịu vì thời gian riêng tư bị ảnh hưởng khi khách hàng cần sự hỗ trợ. Khi làm việc với khách hàng ở quốc gia có múi giờ khác Việt Nam, Luật sư cũng cần phải sắp xếp thời gian biểu để có thể đáp ứng giờ làm việc của khách hàng.

Bên cạnh đó, Luật sư cũng cần chú ý và kiểm soát thời hạn mà khách hàng đặt ra cho các công việc mà Luật sư cần phải thực hiện. Khi thực hiện tư vấn pháp luật, Luật sư được kỳ vọng sẽ làm việc một cách có trách nhiệm và luôn hoàn thành đúng hạn các công việc được giao để phục vụ tốt nhất cho khách hàng. Bởi lẽ, việc trễ hạn của Luật sư có thể dẫn đến các thiệt hại khó lường cho khách hàng hoặc cho chính bản thân Luật sư. Ví dụ, trong một số giao dịch thương mại phức tạp tại Việt Nam, việc cung cấp ý kiến pháp lý của Luật sư là một điều kiện tiên quyết cho việc hoàn tất giao dịch. Do đó, nếu Luật sư không thể đưa ra ý kiến pháp lý đúng hạn, giao dịch sẽ không thể hoàn tất theo

thời hạn trong hợp đồng, từ đó ảnh hưởng đến uy tín của Luật sư cũng như mối quan hệ giữa khách hàng và Luật sư.

4. Luật sư tư vấn cần chú ý về việc giới hạn trách nhiệm pháp lý của mình khi tham gia vào hoạt động tư vấn pháp luật

Luật sư cần quan tâm đến việc tự bảo vệ mình trong quá trình hành nghề tư vấn. Hoạt động tư vấn pháp lý của Luật sư chịu sự điều chỉnh bởi các quy định của: pháp luật; điều lệ và quy chế nội bộ của Đoàn Luật sư; quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư; hợp đồng dịch vụ pháp lý giữa Luật sư và khách hàng. Khi vi phạm các quy định trên, Luật sư có thể phải chịu các trách nhiệm pháp lý.

Về cơ bản, trách nhiệm của Luật sư bao gồm: Chịu hình thức xử lý kỷ luật của Đoàn Luật sư; chịu trách nhiệm hành chính theo quyết định của cơ quan quản lý nhà nước (chủ yếu áp dụng là hình thức phạt tiền); chịu trách nhiệm dân sự với khách hàng (chủ yếu là chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại theo hợp đồng dịch vụ pháp lý với khách hàng); chịu trách nhiệm hình sự, thậm chí có thể bị phạt tù.

Về lý thuyết, Luật sư cần nỗ lực tối đa để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của khách hàng. Luật sư chỉ phải chịu trách nhiệm khi đã không nỗ lực tốt nhất trong việc bảo vệ khách hàng. Điều này xuất phát từ thực tế nghề Luật sư là nghề chứa đựng rất nhiều rủi ro. Dù Luật sư đã vận dụng mọi kiến thức và kỹ năng của mình để tư vấn cho khách hàng, nhưng ý kiến tư vấn vẫn có thể không thực hiện được vì lý do khách quan (như do hành động của cơ quan nhà nước hoặc bên thứ ba). Hiện nay, mặc dù pháp luật Việt Nam chưa có quy định cụ thể về vấn đề miễn trừ trách nhiệm pháp lý của Luật sư trong hoạt động tư vấn pháp luật, nhưng cũng đã có những quy định ám chỉ tiêu chuẩn chịu trách nhiệm của Luật sư. Khoản 1 Điều 81 Luật luật sư hiện hành quy định Luật sư phải chịu trách nhiệm pháp lý nếu vi phạm các quy định của luật này. Tuy nhiên, Luật luật sư không quy định nghĩa vụ của Luật sư là phải đưa ra ý kiến tư vấn đúng cho khách hàng trong mọi trường hợp. Ngoài ra, Quy tắc 3 Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam cũng chỉ quy định: Luật sư cần

"sử dụng kiến thức chuyên môn, các kỹ năng nghề nghiệp cần thiết để bảo vệ tốt nhất quyền và lợi ích của khách hàng theo quy định của pháp luật, Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư". Do vậy, có thể hiểu pháp luật Việt Nam không bắt buộc ý kiến tư vấn của Luật sư phải luôn đúng trên cơ sở quy định của pháp luật và yêu cầu của khách hàng. Nói cách khác, Luật sư sẽ không bị xử lý kỷ luật, xử lý hành chính hoặc truy cứu trách nhiệm hình sự chỉ vì đưa ra ý kiến tư vấn sai. Tuy nhiên, Luật sư có thể phải bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật dân sự nếu vi phạm cam kết trong hợp đồng dịch vụ pháp lý và gây thiệt hại cho khách hàng.

Nhìn chung, hoạt động tư vấn pháp luật của Luật sư có một số yêu cầu đặc thù so với hoạt động tư vấn pháp luật của các chủ thể khác. Về cơ bản, hoạt động tư vấn pháp luật đòi hỏi Luật sư cần phải đáp ứng các yêu cầu mà khách hàng đưa ra, đặc biệt là việc tìm ra giải pháp cụ thể, thực tế và trong khung thời gian yêu cầu của khách hàng. Ngoài ra, hoạt động này cũng đồng thời đặt ra các vấn đề về rủi ro nghề nghiệp và trách nhiệm pháp lý không hề nhỏ mà Luật sư cần phải chú ý trong quá trình hành nghề.

II. KỸ NĂNG SOẠN THẢO VĂN BẢN TƯ VẤN

Tùy thuộc vào yêu cầu của khách hàng, Luật sư có thể viết hay soạn thảo ý kiến tư vấn để trình bày về một hoặc một số vấn đề pháp lý cụ thể. Văn bản tư vấn của Luật sư có thể được trình bày dưới dạng email, thư hoặc ý kiến pháp lý chính thức của Luật sư, tổ chức hành nghề luật sư. Bên cạnh việc trình bày ý kiến tư vấn trước Tòa án hoặc Trọng tài, văn bản là sản phẩm tư vấn chủ yếu của Luật sư và được Luật sư thực hiện nhiều lần trong suốt quá trình hành nghề. Với từng giai đoạn soạn thảo, Luật sư cần có các kỹ năng khác nhau. Quá trình soạn thảo văn bản tư vấn của Luật sư có thể được chia thành ba giai đoạn, gồm:

- *Giai đoạn chuẩn bị*: Luật sư tìm hiểu yêu cầu của khách hàng, nghiên cứu luật và tiền lệ pháp, thu thập thêm thông tin và xác định các mục tiêu soạn thảo.

- *Giai đoạn soạn thảo*: Luật sư trình bày rõ ràng và ngắn gọn các nhận định và ý kiến tư vấn của mình.

- *Giai đoạn kiểm tra*: Luật sư kiểm tra lại các dẫn chứng và văn bản soạn thảo để bảo đảm tính chính xác, rõ ràng và đáp ứng các mục tiêu soạn thảo đã đề ra.

1. Giai đoạn chuẩn bị

a) Tìm hiểu yêu cầu của khách hàng:

Khách hàng thường đến gặp Luật sư với một *yêu cầu cụ thể* hay một *mong muốn về mặt tài sản* hoặc *nhân thân*, ví dụ như: "Chúng tôi muốn mua/bán một công ty". Sẽ rất may mắn cho Luật sư nếu khách hàng biết rõ về các vấn đề pháp lý và yêu cầu Luật sư nghiên cứu về các vấn đề pháp lý đó, ví dụ như: "Chúng tôi muốn mua Công ty X, vậy, chúng tôi cần có các chấp thuận nào của cơ quan nhà nước và trong nội bộ Công ty X để thực hiện giao dịch trên". Nếu khách hàng đã quen làm việc với Luật sư hoặc có hiểu biết tương đối về cách thức tiến hành vụ việc, giao dịch (nhất là các khách hàng là tổ chức đã quen thuộc với các giao dịch thương mại), thì sẽ biết Luật sư cần các thông tin gì và nêu được vấn đề pháp lý mà họ muốn Luật sư nghiên cứu.

Thông qua quá trình trao đổi, Luật sư cần tìm hiểu thêm về mong muốn của khách hàng, xác định được cấu trúc của vụ việc và phạm vi công việc của mình. Quá trình trao đổi đòi hỏi Luật sư phải có kinh nghiệm về việc đặt câu hỏi, hướng trọng tâm câu hỏi vào vấn đề quan trọng nhất để khách hàng cung cấp thông tin và sự kiện có liên quan.

Luật sư cũng cần lưu ý, đôi khi khách hàng chỉ nói những thông tin và sự kiện mà họ nghĩ là liên quan hoặc có xu hướng dẫn đến một kết luận mà họ đã bị ấn tượng trước trong đầu. Ấn tượng trước này khiến cho khách hàng nhiều khi đưa thông tin và sự kiện mang tính một chiều và không đầy đủ. Do đó, Luật sư cần tỉnh táo để biết đâu là vấn đề quan trọng và đặt các câu hỏi hướng đến vấn đề để khách hàng cung cấp thông tin, sự kiện đầy đủ.

Sẽ không có một công thức chung cho việc đặt câu hỏi của Luật sư. Nhiều khi, quá trình trao đổi giữa khách hàng và Luật sư diễn ra không theo một trình tự nào cả. Việc khách hàng trả lời một vấn đề lại có thể gợi ý cho Luật sư trong việc đặt câu hỏi đối với các vấn đề quan trọng tiếp theo. Kinh nghiệm và kiến thức pháp luật sẽ giúp Luật sư xác định những câu hỏi trọng tâm và sau đó, tùy thuộc vào diễn biến của cuộc trao đổi mà đưa ra những câu hỏi khác để xác định các thông tin và sự kiện có liên quan.

Luật sư cũng cần chú ý, trong quá trình trao đổi, cần ghi chép, sắp xếp thông tin do khách hàng cung cấp một cách đầy đủ, rõ ràng và hệ thống. Trên thực tế, khách hàng có thể trao đổi với Luật sư bằng nhiều cách thức (như email, điện thoại hay phỏng vấn trực tiếp), do đó, Luật sư cần tập hợp và sắp xếp các thông tin một cách phù hợp để phục vụ cho việc nghiên cứu sau này. Luật sư cũng có thể lập một bảng hoặc sơ đồ tóm tắt các thông tin mà mình tiếp nhận từ khách hàng, sau đó sắp xếp các thông tin đó theo trình tự thời gian để có cái nhìn tổng quát, chi tiết về vụ việc, giao dịch nếu cần thiết.

b) Xác định vấn đề pháp lý và mục tiêu soạn thảo:

Luật sư cần xác định các vấn đề pháp lý có thể nảy sinh từ yêu cầu cụ thể mà khách hàng đưa ra. Trong thực tế hành nghề, các Luật sư thường gặp trường hợp khách hàng không nói rõ các vấn đề họ cần tư vấn, mà chỉ đưa ra các mô tả về tình huống, dự định hoặc hành động, rồi yêu cầu Luật sư tự tìm hiểu và chỉ ra các vấn đề trong tình huống đó. Nhiệm vụ của Luật sư lúc này là tìm ra từng vấn đề pháp lý cụ thể và phân tích luật để tìm ra câu trả lời cho từng vấn đề. Câu trả lời cho một vấn đề pháp lý có thể dẫn đến các vấn đề pháp lý khác hoặc loại bỏ vấn đề pháp lý trước đó (xuất phát từ mong muốn của khách hàng), tình huống cụ thể áp dụng và các quy định pháp luật có liên quan.

Việc xác định vấn đề pháp lý là công việc phức tạp nhất trong khi tư vấn pháp luật. Khi đã xác định được vấn đề pháp lý phát sinh từ mong muốn của khách hàng, Luật sư sẽ có định hướng nghiên cứu cụ thể. Từ đó,

việc tìm ra văn bản pháp luật có liên quan và áp dụng trong bối cảnh của vụ việc hoặc giao dịch sẽ diễn ra dễ dàng hơn.

Trong giai đoạn chuẩn bị, Luật sư cũng cần xác định các mục tiêu soạn thảo đối với văn bản tư vấn. Các mục tiêu soạn thảo có thể là yêu cầu cụ thể của khách hàng về mặt thời gian, hình thức hoặc nội dung của văn bản tư vấn (ví dụ, khách hàng muốn văn bản tư vấn được gửi trước ngày, giờ cụ thể hoặc được ký tên, đóng dấu bởi tổ chức hành nghề luật sư). Bản thân Luật sư có thể tự đề ra một số mục tiêu soạn thảo theo quan điểm và kinh nghiệm hành nghề thực tế của mình. Bên cạnh đó, một số tổ chức hành nghề luật sư cũng có các tiêu chuẩn soạn thảo riêng để Luật sư có thể tham khảo và sử dụng khi cần thiết.

c) Nghiên cứu và vận dụng pháp luật:

Sau khi xác định được vấn đề pháp lý, Luật sư cần tìm và nghiên cứu các văn bản pháp luật, tiền lệ có liên quan. Luật sư cần đặt cho mình câu hỏi: "Liệu vấn đề này có thể được quy định ở đâu?", nghiên cứu vấn đề một cách tổng thể, kỹ lưỡng, có hệ thống và tìm ra mọi văn bản pháp luật liên quan tới việc giải quyết vấn đề. Việc không tìm đủ các văn bản pháp luật có liên quan có thể gây ra những hậu quả tai hại như: Luật sư nghiên cứu không hoàn chỉnh, phân tích vấn đề sai hoặc không đầy đủ và đưa ra ý kiến tư vấn không chính xác. Những trường hợp như vậy sẽ ảnh hưởng rất lớn đến quyền lợi và quan hệ của Luật sư với khách hàng. Khách hàng có thể không hài lòng hoặc tệ hơn là không muốn làm việc với tổ chức hành nghề luật sư hoặc thậm chí kiện tổ chức hành nghề luật sư về việc tư vấn sai. Do vậy, Luật sư cần liên tục cập nhật kiến thức luật thông qua việc tự nghiên cứu văn bản pháp luật mới, đọc tài liệu chuyên khảo, tham dự hội thảo và trao đổi chuyên môn với các Luật sư đồng nghiệp. Luật sư cũng có thể tham khảo tiền lệ pháp từ các nguồn uy tín hoặc tổ chức hành nghề luật sư nơi mình làm việc để biết được các vấn đề tương tự đã được xử lý như thế nào trong các vụ việc trước đó.

Sau khi tìm được các quy định pháp lý và tiền lệ liên quan, Luật sư tiến hành nghiên cứu để trả lời các vấn đề pháp lý được xác định cho

khách hàng. Dựa trên tư duy lôgic thông thường, Luật sư so sánh và liên hệ giữa tình huống thực tế của khách hàng và các quy định có liên quan để tìm ra cách giải quyết. Nếu câu trả lời cho vấn đề pháp lý của khách hàng được quy định rõ ràng trong luật hoặc có các tiền lệ thể hiện rõ ràng cách cơ quan nhà nước xử lý vấn đề trước đó, thì nhiệm vụ còn lại của Luật sư tương đối đơn giản. Luật sư chỉ cần tìm câu trả lời trong luật hoặc tiền lệ. Tuy nhiên, khi câu trả lời không thể được tìm thấy ngay hoặc thể hiện rõ ràng trong luật, hay có nhiều câu trả lời khác nhau thậm chí mâu thuẫn nhau cho cùng một vấn đề thì Luật sư phải có tư duy linh hoạt và quyết đoán để tìm ra câu trả lời cụ thể cho vấn đề của khách hàng. Luật sư cần tìm hiểu ý định của nhà làm luật khi đưa ra quy định đó và các hướng dẫn có liên quan. Ngoài ra, Luật sư cũng có thể hỏi ý kiến hướng dẫn không chính thức về vấn đề của khách hàng từ cơ quan ban hành văn bản trên cơ sở không tiết lộ thông tin về vụ việc và trao đổi với các đồng nghiệp của mình để bảo đảm rằng giải pháp tư vấn đưa ra đã được cân nhắc kỹ càng và có tính nhất quán với các vụ việc đã tiến hành.

Trong nhiều trường hợp, Luật sư không muốn đưa ra nhận định hoặc câu trả lời, nhưng buộc phải làm như vậy để trấn an hoặc tư vấn để bảo vệ uy tín hoặc lợi ích sống còn của khách hàng. Nếu Luật sư không chắc chắn về câu trả lời mà mình đưa ra, thì cần phải nói rõ cho khách hàng rằng giải pháp được lựa chọn là dựa trên quan điểm cá nhân của mình và có thể có các giải pháp khác mà khách hàng nên cân nhắc.

d) Thu thập thêm thông tin:

Quá trình nghiên cứu, phân tích văn bản pháp luật và tiền lệ có thể giúp Luật sư có câu trả lời rõ ràng cho vấn đề pháp lý. Nếu câu trả lời chưa rõ ràng hoặc quá rộng thì quá trình nghiên cứu này cũng giúp Luật sư xác định được các sự kiện thực tế quan trọng và có ảnh hưởng đến việc nghiên cứu của Luật sư. Trường hợp phát sinh, Luật sư cần hỏi lại ngay khách hàng để xác định các sự kiện thực tế và hoàn thiện phân tích để gửi khách hàng.

Rất nhiều Luật sư mắc vào cái bẫy của việc "giả định", tức là ngại hỏi lại khách hàng mà thích đặt giả định về các sự kiện thực tế để giới hạn phần phân tích của mình. Khi giả định không chính xác (nhất là các giả định có thể dễ dàng kiểm tra với khách hàng để xác định) thì ý kiến tư vấn của Luật sư cũng sẽ không chính xác. Luật sư có thể gọi điện hoặc gửi email cho khách hàng để xác nhận các sự kiện quan trọng thực tế đối với phần phân tích và đưa ra kết luận. Chỉ nên đặt giả định khi khách hàng không thể xác nhận tính chính xác của sự kiện thực tế và cũng không có cách nào khác để xác định sự kiện thực tế đó.

Các bước trong giai đoạn chuẩn bị soạn thảo văn bản tư vấn trên thực tế luôn diễn ra tương tác với nhau và không nhất thiết là phải theo đúng trình tự hết bước này thì mới đến bước khác. Cụ thể, Luật sư có thể thu thập thêm thông tin và sự kiện từ khách hàng trong bất kỳ bước nào của quá trình nghiên cứu, phân tích. Sau khi đã có thông tin và sự kiện bổ sung, Luật sư có thể hoàn thiện phân tích của mình để trả lời câu hỏi của khách hàng.

Cuối cùng, Luật sư cũng cần lưu ý về việc sử dụng thông tin trên internet. Internet thực sự là kho dữ liệu và thông tin khổng lồ, rất hữu ích cho công việc nghiên cứu của Luật sư. Tuy nhiên, Luật sư cần cẩn trọng trong việc sử dụng các thông tin ở đây. Vấn đề thường gặp nhất là các dữ liệu điện tử của cơ quan nhà nước hoặc các công ty cung cấp dịch vụ tìm kiếm có thể không được cập nhật hoặc bỏ sót các thông tin về tính hiệu lực, sửa đổi hoặc bổ sung của văn bản pháp luật. Bản dịch tiếng Anh (nếu có) không phải là bản dịch chính thức được cơ quan ban hành công nhận và có thể có sai sót so với nội dung văn bản tiếng Việt. Các bài phân tích có thể chưa được thẩm duyệt hoặc chỉ phản ánh ý kiến cá nhân của người viết mà không dựa vào các cơ sở pháp lý. Do vậy, Luật sư cần cẩn trọng khi trích dẫn thông tin từ các nguồn trên internet.

Ngoài ra, trong quá trình hành nghề, Luật sư có thể gặp phải các khái niệm pháp lý hoặc thương mại nước ngoài không thường gặp hoặc không có trong pháp luật Việt Nam. Nếu tìm qua các công cụ tìm kiếm phổ biến như Google, Bing hay Yahoo, Luật sư thường nhận được

các kết quả từ các trang web như Wikipedia hay các website có tính "bách khoa toàn thư" khác về luật, tài chính, kinh tế, v.v.. Do đó, Luật sư cần lưu ý rằng, các thông tin trên có thể chưa được kiểm chứng, chưa được cập nhật hoặc có thể đúng nhưng không đầy đủ. Các thông tin đó chỉ nên được sử dụng để tham khảo và không nên đưa vào kết quả nghiên cứu một cách chính thức. Khi nghiên cứu về một khái niệm pháp lý nước ngoài, Luật sư nên sử dụng thông tin từ các cơ sở dữ liệu khoa học có uy tín như Lexis hay Westlaw, v.v.. Các cơ sở dữ liệu này thường buộc người dùng phải trả một mức phí khá cao để được cấp quyền truy cập, sao chép hoặc tải tài liệu. Các tổ chức hành nghề luật sư có thể đăng ký tài khoản truy cập chung dành cho tổ chức để tạo điều kiện cho quá trình nghiên cứu của Luật sư.

2. Giai đoạn soạn thảo

Khi soạn thảo văn bản tư vấn, việc hiểu các yếu tố và thói quen trình bày một cách có kết cấu và hệ thống là rất quan trọng đối với Luật sư. Năm yếu tố của việc trình bày này bao gồm: Giới thiệu vấn đề (gồm yêu cầu của khách hàng, các sự kiện, giả định và hạn chế liên quan); xác định các vấn đề pháp lý; trình bày câu trả lời hoặc kết luận ngắn gọn đối với các vấn đề pháp lý; phân tích để chứng minh câu trả lời hoặc kết luận ngắn gọn; đưa ra kết luận tổng quát. Nói một cách khái quát hơn, việc trình bày văn bản tư vấn của Luật sư theo trình tự bao gồm:

- *Mở bài*: Giới thiệu vấn đề (bao gồm yêu cầu của khách hàng, các sự kiện, giả định và hạn chế liên quan);

- *Kết luận*: Xác định vấn đề pháp lý và trình bày câu trả lời hoặc kết luận ngắn gọn đối với các vấn đề pháp lý đó;

- *Thân bài*: Phân tích để chứng minh câu trả lời hoặc kết luận ngắn gọn.

- *Kết luận tổng quát*: Tóm tắt cô đọng các vấn đề pháp lý then chốt, các câu trả lời hoặc các kết luận ngắn gọn cho các vấn đề đã nêu.

Sinh viên ngành luật thường viết tiểu luận hoặc khóa luật tốt nghiệp theo trình tự "mở bài," "thân bài" và "kết luận", nhưng Luật sư lại

nên trình bày "kết luận" trước "thân bài", vì các khách hàng của một tổ chức hành nghề luật sư thường không có nhiều thời gian để nghe Luật sư trình bày dài dòng những phân tích hay cơ sở pháp lý rồi mới đi đến kết luận. Cứ thử tưởng tượng trường hợp đến gặp khách hàng là Tổng Giám đốc một ngân hàng thương mại, tổng công ty nhà nước hay tập đoàn tư nhân, v.v., Luật sư sẽ chỉ có một khoảng thời gian ngắn để trình bày các kết luận của mình. Sau khi nghe xong kết luận, vị Tổng Giám đốc sẽ muốn thảo luận với Luật sư về cách thức giải quyết các vấn đề pháp lý trên cơ sở kết luận do Luật sư trình bày và sẽ giao cho cấp dưới của mình (ví dụ, Trưởng phòng pháp chế, Trưởng phòng nhân sự) tiếp tục nghe Luật sư trình bày về các phân tích và cơ sở pháp lý. Do vậy, Luật sư cần tập trung trình bày điều mà khách hàng muốn nghe.

Như trình bày ở trên, không giống như quan hệ giữa giảng viên đại học với sinh viên, khách hàng ít khi quan tâm đến các phân tích pháp lý của Luật sư mà chỉ muốn biết: Khách hàng cần làm gì để đạt được mục tiêu của mình; khách hàng có được phép làm hay không; nếu có thì khách hàng phải làm như thế nào; có hậu quả pháp lý gì với khách hàng nếu vi phạm pháp luật liên quan. Luật sư phải tự tìm ra cách để đi đến các kết luận và được trả tiền để làm việc đó.

a) Phần mở bài:

Một phần mở bài tốt cần giới thiệu chính xác yêu cầu của khách hàng và trình bày đầy đủ các sự kiện, giả định và hạn chế có liên quan. Phần mở bài nhằm định hướng khách hàng vào vấn đề mà Luật sư trình bày và giới hạn trách nhiệm của Luật sư.

- *Giới thiệu yêu cầu của khách hàng:* Khách hàng thường gặp Luật sư với một yêu cầu cụ thể hoặc mong muốn về mặt tài sản hoặc nhân thân. Khi trình bày với khách hàng, Luật sư cần nhắc lại chính xác yêu cầu của khách hàng. Việc trình bày yêu cầu của khách hàng tương đối đơn giản, bằng cách nêu chính xác hoặc khái quát yêu cầu nếu trước đó khách hàng đưa ra yêu cầu không rõ ràng. Việc trình bày lại yêu cầu này nhằm hướng sự chú ý của khách hàng vào chủ đề

được phân tích, và quan trọng hơn, giới hạn chủ đề sẽ được Luật sư phân tích cho khách hàng.

- *Trình bày các sự kiện có liên quan:* Việc trình bày các sự kiện có liên quan đến phân tích và kết luận của Luật sư rất quan trọng. Dựa trên việc nghiên cứu, phân tích văn bản pháp luật và tiền lệ, Luật sư cần tìm ra các sự kiện mà trên cơ sở đó, các vấn đề pháp lý được xác định và trả lời. Trong quá trình trao đổi, khách hàng có thể cung cấp cho Luật sư rất nhiều thông tin, nhiệm vụ của Luật sư là tìm ra các sự kiện có liên quan đến việc xác định vấn đề pháp lý và đưa ra kết luận của mình.

- *Trình bày các giả định có liên quan:* Như đã nói ở trên, đôi khi khách hàng cũng không biết hết các sự kiện có liên quan đến vụ việc, giao dịch để trình bày, do đó, trong trường hợp này, Luật sư cần đưa ra các giả định để phục vụ cho quá trình nghiên cứu và phân tích của mình. Về bản chất, Luật sư giả định một số sự kiện có liên quan là đúng trong bối cảnh không biết hoặc không thể biết thực sự sự kiện đó có đúng hay không. Trong quá trình hành nghề không phải lúc nào Luật sư cũng có thể tư vấn cho khách hàng một cách đầy đủ, do vậy, cần trình bày các sự kiện và giả định để giới hạn phần phân tích và giới hạn trách nhiệm của mình. Nếu một sự kiện hoặc giả định sai mà khách hàng không thông báo cho Luật sư, thì Luật sư sẽ không phải chịu trách nhiệm đối với ý kiến tư vấn. Nhìn chung, việc trình bày các sự kiện và giả định là tương đối phức tạp. Luật sư chỉ có thể xác định các sự kiện và giả định này sau khi đã thực hiện quá trình nghiên cứu và phân tích pháp lý. Khi đó, Luật sư sẽ biết được sự kiện nào có liên quan đến phân tích của mình để đưa ra các giả định phù hợp nếu cần.

- *Trình bày các hạn chế có liên quan:* Luật sư thông thường chỉ tư vấn về các vấn đề pháp lý và ý kiến tư vấn của Luật sư chỉ giới hạn ở các vấn đề pháp lý. Ý kiến tư vấn của Luật sư sẽ không bao gồm các vấn đề không phải là vấn đề pháp lý như thuế, các rủi ro mang tính thị trường (trừ khi Luật sư được yêu cầu và đồng ý tư vấn về các vấn đề này), hoặc

thái độ của cơ quan nhà nước và bên thứ ba (trừ khi Luật sư được yêu cầu và đồng ý đưa ra đánh giá). Ngoài ra, Luật sư được cấp chứng chỉ hành nghề tại Việt Nam thường chỉ tư vấn về các quy định của pháp luật Việt Nam, không tư vấn về các quy định của pháp luật nước ngoài (trừ khi Luật sư được yêu cầu và đồng ý tư vấn về hệ thống pháp luật đó). Cũng như ở phần trình bày các sự kiện và giả định có liên quan, Luật sư cần trình bày các giới hạn đối với ý kiến tư vấn một cách rõ ràng để định hướng khách hàng, và quan trọng hơn, là để giới hạn phạm vi phân tích pháp lý và trách nhiệm của Luật sư.

b) Phần kết luận:

Trong phần kết luận, Luật sư cần trình bày ngắn gọn các vấn đề chính và câu trả lời cho các vấn đề đó. Như đã trình bày ở trên, một trong những mục đích chính của việc nghiên cứu, phân tích là tìm ra vấn đề pháp lý và câu trả lời cho vấn đề pháp lý đó dựa trên việc nghiên cứu các văn bản pháp luật, tiền lệ có liên quan. Luật sư cần trình bày kết quả của việc nghiên cứu và phân tích pháp lý một cách cô đọng tại phần kết luận vì đây là các thông tin mà khách hàng quan tâm. Có lẽ đây là phần khó trình bày nhất vì nó cần thể hiện cô đọng các ý chính và cơ bản nhất. Việc trình bày cô đọng, đi vào trọng tâm, thực chất không dễ dàng, đặc biệt là khi Luật sư chưa quen khái quát hóa và trình bày các vấn đề một cách có hệ thống.

Trong phần kết luận, Luật sư cần trả lời các câu hỏi một cách ngắn gọn như: Khách hàng cần làm gì để đạt được mục tiêu của mình; khách hàng có được phép làm hay không; nếu có thì khách hàng làm như thế nào; có hậu quả pháp lý gì với khách hàng nếu vi phạm pháp luật liên quan.

c) Phần thân bài:

Phần này, về cơ bản, chỉ là việc trình bày cụ thể các phân tích và cơ sở pháp lý để chứng minh các kết luận đã trình bày với khách hàng. Nếu Luật sư đã thực hiện việc nghiên cứu, phân tích đầy đủ, thì việc trình bày kết quả phân tích sẽ tương đối dễ dàng.

Phần thân bài nhìn chung sẽ có cơ cấu theo phần kết luận. Phần kết luận nêu lên bao nhiêu vấn đề pháp lý và trình bày bao nhiêu câu trả lời hoặc các kết luận ngắn, thì phần thân bài cần phân tích đầy đủ chừng đó nội dung. Điều khác biệt ở đây là phần thân bài sẽ trình bày đầy đủ cơ sở pháp lý cũng như các phân tích và nhận định của Luật sư. Thông thường, quá trình để hoàn thành việc trình bày phần thân bài cần trải qua bốn bước sau:

- *Bước 1*: Sắp xếp các vấn đề theo thứ tự, bắt đầu từ những phần quan trọng nhất;

- *Bước 2*: Tập hợp thông tin để hỗ trợ phần trình bày (bao gồm chủ yếu là phân tích pháp lý) và minh họa cho quan điểm sẽ trình bày;

- *Bước 3*: Triển khai những vấn đề đã được đề cập tại Bước 1 để hình thành nội dung chính;

- *Bước 4*: Luật sư nên có một khoảng thời gian trước khi đọc, kiểm tra và sửa lại các nội dung đã trình bày để có thể tĩnh tâm và có thêm những ý tưởng mới.

d) Kết luận tổng quát:

Thông thường sau khi đã trình bày phần thân bài, Luật sư kết thúc phần trình bày của mình với một số kết luận tổng quát. Đây có thể là tóm tắt cô đọng các vấn đề pháp lý then chốt và các câu trả lời hoặc kết luận ngắn gọn cho các vấn đề đã nêu. Phần này cũng có thể là phần nhận xét các vấn đề lớn mà khách hàng cần lưu ý dựa trên các câu trả lời hoặc các kết luận ngắn được nêu tại phần kết luận. Ví dụ, Luật sư có thể đưa ra danh sách các chấp thuận cần thiết tại phần kết luận và tại phần kết luận tổng quát ở cuối phần trình bày thì lưu ý xem trong các chấp thuận đó thì chấp thuận nào là then chốt, quan trọng hơn hoặc chấp thuận nào khó được đáp ứng trên thực tế. Phần kết luận tổng quát không phải là bắt buộc và quá quan trọng. Phần này chỉ nhằm mục đích nhấn mạnh lại các kết luận (có thể được trình bày ngay tại phần kết luận ở trên). Việc trình bày kết luận tổng quát đòi hỏi có một kỹ năng tốt để tóm tắt những vấn đề quan trọng nhất trong toàn bộ phần trình bày của Luật sư và kết thúc phần trình bày đó.

3. Giai đoạn kiểm tra

Luật sư cần phải kiểm tra lại văn bản tư vấn do mình soạn thảo trước khi gửi cho khách hàng hoặc cho Luật sư cấp cao hơn để xem xét trước khi gửi. Việc kiểm tra này là rất quan trọng để bảo đảm văn bản tư vấn được trình bày một cách hoàn chỉnh, cẩn thận và không có sai sót. Nếu điều kiện cho phép, Luật sư có thể dành một khoảng thời gian yên tĩnh trước khi đọc lại văn bản soạn thảo nhằm giúp cho đầu óc minh mẫn hơn. Luật sư nên in bản nháp để đọc lại thay vì đọc trên máy tính để tránh sai sót. Một số Luật sư thường chỉ dựa vào các chương trình máy tính để kiểm tra chính tả của văn bản soạn thảo. Điều này có thể có sai sót vì các chương trình thường không chính xác hoàn toàn và khá máy móc, vì vậy, Luật sư nên tự đọc lại văn bản do mình soạn thảo để kiểm tra lỗi chính tả. Luật sư nên đọc lại văn bản ít nhất hai lần trước khi gửi cho khách hàng. Một lần để kiểm tra về lôgic và một lần để kiểm tra lỗi chính tả hoặc trình bày. Các dẫn chiếu hoặc chú thích được đề cập trong văn bản cũng cần được kiểm tra để tránh sai sót và nhầm lẫn. Luật sư có thể nhờ người khác đọc lại văn bản do mình soạn thảo để có cái nhìn khách quan hơn. Cuối cùng, Luật sư cần bảo đảm văn bản tư vấn đáp ứng được các mục tiêu soạn thảo đã đặt ra trong giai đoạn chuẩn bị trước đó.

4. Một số lưu ý khi soạn thảo văn bản tư vấn

Việc trình bày văn bản tư vấn có kết cấu chặt chẽ và hệ thống với khách hàng là một kỹ năng mang tính "kỹ thuật". Luật sư chỉ cần trình bày theo một kết cấu và trình tự nhất định dựa trên quá trình nghiên cứu và phân tích pháp lý. Nếu việc nghiên cứu và phân tích pháp lý tốt thì việc trình bày văn bản tư vấn sẽ thuận lợi và tự nhiên. Tuy nhiên, Luật sư cũng không nên quá chú trọng kỹ thuật khi trình bày vì có thể làm cho văn bản tư vấn trở nên khô khan.

Để trình bày một cách lôgic nhưng vẫn thú vị và không khô khan, đáp ứng yêu cầu của khách hàng, Luật sư cần lưu ý một số điểm:

- *Không làm mất thời gian của khách hàng và hiểu đúng nhu cầu của khách hàng:* Điều này đơn thuần là trình bày trực tiếp vấn đề

mà khách hàng đặt ra. Nếu có những vấn đề khác mà Luật sư nghĩ là quan trọng với khách hàng thì cũng nên trình bày sau khi trả lời xong những vấn đề mà khách hàng hỏi. Ngoài ra, việc trình bày câu trả lời sẽ phụ thuộc vào việc khách hàng cần văn bản tư vấn dưới hình thức nào, ví dụ, câu trả lời có thể gửi qua email, bản ghi nhớ hay ý kiến tư vấn chính thức;

- *Trình bày một cách đơn giản, dễ hiểu, tránh dài dòng:* Khách hàng thường không muốn đọc một văn bản tư vấn dài như một tiểu luận hoặc khóa luận tốt nghiệp. Do vậy, Luật sư cần trả lời các câu hỏi mà khách hàng muốn nghe và trình bày theo cách mà khách hàng có thể dễ dàng hiểu được. Một gợi ý là, Luật sư nên trình bày ý kiến tư vấn của mình dưới dạng câu đơn ngắn gọn để khách hàng có thể nhanh chóng tiếp nhận được thông tin mà Luật sư đưa ra.

- *Luôn nhớ là Luật sư đang trình bày cho khách hàng, không phải cho riêng mình:* Một điều mà Luật sư nên tránh là sử dụng các thuật ngữ pháp lý mà khách hàng có thể không hiểu do không có kiến thức chuyên sâu về pháp luật. Chẳng hạn, dùng những khái niệm như "công pháp quốc tế" hay "tư pháp quốc tế" với khách hàng trong phần trình bày sẽ chỉ làm họ khó hiểu và đôi khi khó chịu vì có cảm giác Luật sư đang "khoe chữ". Luật sư không nên "dọa" khách hàng bằng những khái niệm pháp lý mà đôi khi là vô nghĩa với khách hàng.

- *Nhấn mạnh những điểm quan trọng trong văn bản tư vấn:* Nếu có những điểm quan trọng, sẽ không thừa nếu nhắc đi nhắc lại nó trong văn bản tư vấn.

- *Sử dụng mẫu tư vấn của nơi làm việc:* Thông thường, các tổ chức hành nghề luật sư sẽ có các mẫu văn bản thông dụng cho các văn bản tư vấn như bản ghi nhớ, ý kiến tư vấn chính thức, v.v.. Luật sư cần trình bày kết quả nghiên cứu trên cơ sở các mẫu này dựa theo yêu cầu của khách hàng.

- *Lựa chọn ngôn từ phù hợp với tính chất của văn bản:* Luật sư cần lựa chọn cách hành văn và ngôn từ phù hợp với tính chất của văn bản. Ví dụ, các văn bản tư vấn qua email có thể có cách hành văn đơn giản

và ít trang trọng hơn cách hành văn trong ý kiến tư vấn chính thức của tổ chức hành nghề luật sư.

- *Sử dụng thuật ngữ được định nghĩa:* Luật sư nên cân nhắc sử dụng thống nhất các thuật ngữ để giúp văn bản tư vấn trở nên ngắn gọn và đồng bộ hơn. Đặc biệt, khi nhiều Luật sư cùng soạn thảo một văn bản tư vấn, mỗi Luật sư có thể sẽ sử dụng các thuật ngữ khác nhau, vì vậy, việc thống nhất sử dụng cùng một thuật ngữ trong văn bản sẽ tránh gây hiểu lầm cho khách hàng.

III. KỸ NĂNG ĐÀM PHÁN HỢP ĐỒNG

Trong quá trình hành nghề, Luật sư có thể được yêu cầu tham gia các cuộc đàm phán giữa khách hàng và đối tác để bảo vệ quyền lợi của khách hàng trong quá trình thống nhất các thỏa thuận quan trọng liên quan đến giao dịch. Khi tham gia đàm phán, Luật sư cần có một số kỹ năng và hiểu biết nhất định để giúp khách hàng đạt được các thỏa thuận có lợi hoặc ít nhất là cân bằng với phía đối tác. Kinh nghiệm là yếu tố có ảnh hưởng lớn đến khả năng đàm phán của Luật sư. Trong giai đoạn tập sự, các Luật sư tập sự thường được tham gia các buổi đàm phán với vai trò thư ký để có cơ hội quan sát và học hỏi kỹ năng đàm phán từ các Luật sư có kinh nghiệm hơn. Khi đã có kinh nghiệm, Luật sư sẽ có thể trực tiếp tham gia đàm phán hợp đồng.

Thông thường, việc Luật sư đại diện khách hàng tham gia đàm phán được chia thành hai giai đoạn: Giai đoạn chuẩn bị và giai đoạn đàm phán.

1. Giai đoạn chuẩn bị

Khác với việc soạn thảo văn bản tư vấn hay soạn thảo hợp đồng, việc đàm phán đòi hỏi Luật sư phải có khả năng ứng biến và xử lý tình huống nhanh nhạy ngay trên "bàn đàm phán", thay vì có thời gian đọc lại các quy định của văn bản pháp luật và tiền lệ để kiểm tra. Về cơ bản, Luật sư cần dùng các kiến thức luật, kỹ thuật đàm phán để buộc đối tác đồng ý với các yêu cầu do khách hàng của mình đưa ra và ghi nhận các yêu cầu đó trong hợp đồng. Để làm được điều này, Luật sư

cần có các bước chuẩn bị kỹ lưỡng trước khi thực hiện đàm phán. Việc đàm phán giữa các bên thông thường sẽ kéo dài, kể từ khi chưa có hợp đồng đến lúc hợp đồng được soạn thảo. Mục đích chính của giai đoạn chuẩn bị là để Luật sư: Hiểu giao dịch và thỏa thuận giữa các bên; hiểu các vấn đề pháp lý có liên quan đến giao dịch và các câu trả lời cho các vấn đề đó; biết cái mình cần và cái mà phía đối tác cần khi đàm phán; hiểu Luật sư đối phương; chuẩn bị tâm lý.

- *Hiểu giao dịch và thỏa thuận thương mại giữa các bên:* Trước khi tham gia đàm phán, Luật sư cần bảo đảm đã hiểu cơ cấu giao dịch và thỏa thuận giữa các bên liên quan đến giao dịch. Luật sư cần lưu ý hình thức thỏa thuận thương mại và các vấn đề pháp lý liên quan đến quyền lợi của các bên, đặc biệt là quyền lợi của khách hàng mà mình đang đại diện, và lo ngại của khách hàng về các vấn đề hoặc rủi ro có thể phát sinh. Nếu việc đàm phán diễn ra sau khi hợp đồng đã được soạn thảo bởi Luật sư phía bên kia, thì Luật sư cần phải nắm rõ về các điều khoản có ý nghĩa quan trọng đối với quyền lợi của khách hàng mà mình đại diện trong hợp đồng. Tóm lại, Luật sư cần biết và nắm rõ các thông tin trên để chuẩn bị tham gia đàm phán, bất kể điều khoản hợp đồng do mình hay phía đối tác đưa ra. Thông thường, khách hàng sẽ cung cấp các thông tin trên một cách tương đối đầy đủ cho Luật sư trước khi cuộc đàm phán diễn ra. Tuy nhiên, Luật sư không nên chỉ lắng nghe một cách thụ động từ khách hàng mà cần dựa trên kinh nghiệm của mình hỏi lại và gợi mở cho khách hàng để hiểu thêm về giao dịch và thỏa thuận giữa các bên. Ví dụ, trong một giao dịch mua bán cổ phần, Luật sư cần hiểu thỏa thuận của các bên về đối tượng mua bán (như số lượng và loại cổ phần), giá cả (như bằng tiền hay bằng hiện vật), thủ tục thanh toán (như thanh toán một lần hay nhiều lần, có đặt cọc hay không) cũng như các lợi ích kinh tế (như quyền nhận cổ tức) và phi kinh tế (như quyền biểu quyết) mà các bên mong muốn đạt được sau khi giao dịch hoàn tất.

- *Hiểu các vấn đề pháp lý có liên quan đến giao dịch và các giải pháp:* Khi đàm phán, các bên hoặc Luật sư của các bên sẽ trao đổi về

các vấn đề pháp lý phát sinh từ mong muốn về mặt thương mại của các bên và cách thức giải quyết các vấn đề đó theo hướng có lợi cho phía mình. Các vấn đề pháp lý có thể liên quan đến tính hợp pháp của giao dịch, các chấp thuận cần thiết từ các cơ quan nhà nước, các chấp thuận cần thiết từ nội bộ các bên và bên thứ ba, khả năng thi hành của các điều khoản cụ thể trong hợp đồng, v.v.. Do đó, Luật sư cần hiểu rõ các vấn đề pháp lý phát sinh từ giao dịch để có thể đề xuất các thỏa thuận hoặc điều khoản có lợi cho khách hàng. Nếu Luật sư không thể xác định hết các vấn đề pháp lý liên quan đến giao dịch thì có thể sẽ gặp rủi ro khi phía đối tác đưa ra các thỏa thuận chỉ phục vụ cho lợi ích của họ và gây thiệt hại cho khách hàng sau khi ký kết hợp đồng. Các Luật sư nên nhớ là Luật sư phía bên kia không có nghĩa vụ bảo vệ cho khách hàng không phải của họ cũng như đưa ra các thỏa thuận có lợi cho tất cả các bên tham gia hợp đồng. Trong quá trình đàm phán, Luật sư của mỗi bên sẽ luôn cố gắng đưa ra các thỏa thuận có lợi nhất cho khách hàng của mình, từ đó thống nhất về các giải pháp có tính cân bằng. Do vậy, Luật sư không được bỏ sót các vấn đề pháp lý quan trọng khi tham gia đàm phán để bảo vệ quyền lợi tốt nhất cho khách hàng.

- *Biết cái mình cần và cái mà phía đối tác cần khi đàm phán:* Một điều quan trọng khi đàm phán là: Luật sư cần biết rõ mình và đối phương muốn đạt được kết quả gì thông qua cuộc đàm phán. Hiểu đơn giản là cần "biết người, biết ta". Cụ thể, Luật sư vừa phải biết mình cần gì trong cuộc đàm phán để chuẩn bị các lý lẽ tranh luận phù hợp nhằm đạt được các mục đích đã đề ra, vừa phải biết phía đối tác cần gì, để khai thác các điểm yếu đó thành lợi thế của mình khi đàm phán. Ví dụ, nếu biết được rằng bên bán trong giao dịch mua bán cổ phần đang cần gấp số tiền bán cổ phần để trả cho các khoản vay đến hạn với ngân hàng, thì Luật sư của bên mua có thể tạo áp lực để bên bán dễ dàng chấp nhận cho bên mua được một số đặc quyền sau khi mua cổ phần. Về cơ bản, các bên khi tham gia đàm phán đều mong muốn đạt được thỏa thuận với bên kia vì các lợi ích thương mại mà giao dịch

đó có thể mang lại. Do đó, Luật sư có thể tận dụng các mục đích của phía đối tác để phục vụ cho việc đạt được các thỏa thuận có lợi nhất cho khách hàng của mình.

Luật sư có thể biết về mục đích đàm phán của đối tác thông qua các thông tin do khách hàng cung cấp hoặc các đề xuất trong dự thảo hợp đồng mà đối tác hoặc Luật sư của đối tác đưa ra. Phía đối tác có thể trình bày rõ các mục đích của mình đối với từng điều khoản hoặc chỉ nêu ra yêu cầu sửa đổi các điều khoản đó. Công việc của Luật sư là suy luận về mục đích của phía đối tác khi đưa ra các đề xuất để xác định kỹ thuật đàm phán phù hợp. Ngoài ra, Luật sư cũng có thể tìm hiểu về các mục đích của đối tác liên quan đến giao dịch thông qua các thông tin về hoạt động của họ trên các nguồn thông tin công cộng (như website công ty, báo chí hay Cổng thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia). Thông thường, công ty đại chúng tại Việt Nam được yêu cầu công bố thông tin trên website của Ủy ban Chứng khoán nhà nước và Sở giao dịch chứng khoán (ví dụ, công bố thông tin về báo cáo tài chính được kiểm toán, nghị quyết đại hội đồng cổ đông và báo cáo thường niên). Luật sư có thể sử dụng các thông tin này để phục vụ cho quá trình đàm phán của mình.

- *Hiểu Luật sư đối phương:* Nếu đối tác của khách hàng có Luật sư đại diện, thì Luật sư cũng cần tìm hiểu thông tin về Luật sư đối phương và tổ chức hành nghề luật sư mà họ làm việc. Mục đích của việc tìm hiểu này là để dự đoán khả năng đàm phán của phía đối tác dựa trên kinh nghiệm và lĩnh vực hành nghề của Luật sư và tổ chức hành nghề luật sư mà đối tác thuê. Nếu Luật sư của đối tác không có nhiều kinh nghiệm tư vấn về lĩnh vực liên quan đến giao dịch, thì Luật sư có thể lựa chọn phong cách đàm phán mạnh mẽ hơn để buộc họ đồng ý với các thỏa thuận do mình đưa ra. Bên cạnh các thông tin chung, Luật sư cũng nên tìm hiểu những điểm yếu và thói quen của Luật sư đối phương khi làm việc để chuẩn bị chiến lược đàm phán phù hợp. Ví dụ, nếu Luật sư của đối tác dễ nổi nóng thì có thể tìm hiểu yếu tố kích thích dễ khiến họ mất bình tĩnh nhằm đẩy bất lợi về phía

đối tác khi đàm phán; hoặc nếu Luật sư đó dễ nghe lời khách hàng và không có chính kiến thì nên tập trung vào việc thuyết phục khách hàng phía đối tác để họ thuyết phục lại Luật sư của mình.

- *Chuẩn bị tâm lý:* Quá trình đàm phán có thể kéo dài trong nhiều tuần, nhiều tháng hoặc cả năm. Luật sư cần chuẩn bị tâm lý để tham gia đàm phán cùng khách hàng một cách tự tin, bình tĩnh. Phong thái của Luật sư đóng vai trò quan trọng trong việc thuyết phục phía đối tác đồng ý với các đề xuất do Luật sư đưa ra. Một Luật sư có thể không có lý lẽ tranh luận mạnh, nhưng họ vẫn có thể đạt được các thỏa thuận có lợi nhất cho khách hàng của mình nhờ vào phong thái trình bày bình tĩnh, tự tin và chuyên nghiệp. Trên "bàn đàm phán", việc Luật sư mất bình tĩnh hoặc thể hiện sự lo lắng có thể làm giảm sút mức độ tin tưởng của phía đối tác với phần trình bày của Luật sư. Các Luật sư cần có tâm lý vững vàng để đối phó với những tình huống bất ngờ hoặc trước các câu hỏi hóc búa của đối tác.

Nói tóm lại, trong giai đoạn chuẩn bị, việc quan trọng nhất là Luật sư cần hiểu được giao dịch, các vấn đề pháp lý, các rủi ro có liên quan và cách thức giải quyết các vấn đề đó. Kinh nghiệm sẽ giúp Luật sư có quá trình chuẩn bị nhanh và hiệu quả hơn.

2. Giai đoạn đàm phán

Trên thực tế, quá trình đàm phán là một quá trình mang tính kỹ thuật. Đàm phán là quá trình thương lượng giữa các bên có lợi ích khác nhau, đôi khi đối lập nhau, để đi đến thỏa thuận. Do vậy, Luật sư, bên cạnh các lý lẽ của mình, có thể sử dụng các kỹ thuật để tác động vào tâm lý của phía đối tác nhằm có được lợi thế khi đàm phán cho khách hàng. Mục tiêu đàm phán của Luật sư là luôn phải bảo vệ quyền lợi của khách hàng. Để làm được điều đó, thông thường Luật sư sẽ: Tận dụng chi tiết khi Luật sư đối phương hoặc đối tác không đọc kỹ hợp đồng; sử dụng kỹ thuật "Luật sư tốt/Luật sư xấu" hoặc "người tốt/người xấu"; đòi hỏi nhiều hơn những gì Luật sư cần đạt được khi đàm phán; sắp xếp Luật sư tham gia đàm phán có trình độ tương đương với Luật sư phía bên kia; chuẩn bị đủ nhân lực để "áp đảo" phía đối tác.

Tất nhiên, Luật sư cũng có thể sẽ bị Luật sư đối phương sử dụng các kỹ thuật này ngược lại. Khi đó, Luật sư cần tỉnh táo để có các biện pháp ứng phó phù hợp.

- *Tận dụng chi tiết khi Luật sư đối phương và đối tác không đọc kỹ hợp đồng:* Thực tế, có nhiều Luật sư tham gia đàm phán mà không dành thời gian hợp lý để đọc hợp đồng và nghiên cứu các quy định của hợp đồng. Trường hợp này phổ biến hơn đối với các Luật sư có kinh nghiệm hoặc Luật sư điều hành của tổ chức hành nghề luật sư. Do Luật sư có kinh nghiệm phải phụ trách nhiều vụ việc cùng một lúc, nên họ thường giao cho các Luật sư cấp dưới đọc hợp đồng và tóm tắt lại các điều khoản chính cho họ. Nếu nhận thấy đối phương không nắm rõ hợp đồng, Luật sư có thể tận dụng các chi tiết này để khiến cho Luật sư đối phương và khách hàng của họ bối rối. Do không có thời gian để nghiên cứu kỹ các điều khoản của hợp đồng khi đang đàm phán, nên Luật sư đối phương sẽ thường dựa vào các phân tích và kết luận mà Luật sư đưa ra. Khi đó, Luật sư có thể dễ dàng thuyết phục phía đối tác đồng ý với các quan điểm của mình. Một gợi ý để đối phó với kỹ thuật này là Luật sư có thể đề nghị tạm hoãn hoặc chuyển vấn đề đó sang buổi đàm phán tiếp theo để có thời gian đọc lại các quy định có liên quan của hợp đồng.

- *Sử dụng kỹ thuật "Luật sư tốt/Luật sư xấu" hoặc "người tốt/người xấu":* Khi bước vào cuộc đàm phán, Luật sư có thể đóng vai "Luật sư tốt/Luật sư xấu" để thuyết phục phía đối tác đồng ý với các đề xuất của mình. Kỹ thuật này thường được áp dụng cho nhóm Luật sư cùng tham gia đàm phán cho một khách hàng. Trong đó, một Luật sư sẽ đưa ra quan điểm một cách hiếu chiến và không muốn thỏa hiệp, còn một Luật sư tiếp theo sẽ trình bày một giải pháp khác mềm mỏng và hợp lý hơn. Việc đóng vai này sẽ đánh vào tâm lý của phía đối tác khiến họ cảm thấy nhẹ nhõm khi đàm phán với "Luật sư tốt" và có khuynh hướng đồng ý với các đề nghị mà "Luật sư tốt" đưa ra. Ngoài ra, kỹ thuật này cũng có thể được Luật sư và cả khách hàng áp dụng đối với phía đối tác. Trong đó, Luật sư và khách hàng sẽ đóng vai "người tốt/người xấu" tùy vào diễn biến trong quá trình đàm phán. Trong trường hợp bị Luật sư hoặc

khách hàng đối phương sử dụng kỹ thuật này, Luật sư cần tỉnh táo và tập trung vào các lý lẽ của mình khi đàm phán.

- *Đòi hỏi nhiều hơn những gì Luật sư cần đạt được:* Luật sư có thể "đánh lạc hướng" đối phương vào những điều mà Luật sư thực sự cần bằng cách đưa ra nhiều đòi hỏi đối với hợp đồng. Như đã trình bày ở trên, các mục đích đàm phán của Luật sư có thể được sử dụng như một điểm yếu chống lại họ. Đối phương có thể sẽ giả vờ thỏa hiệp với những điều khoản mà khách hàng cần để buộc Luật sư đồng ý với các điều khoản khác mà họ đưa ra. Trong trường hợp như vậy, Luật sư cần bình tĩnh để tránh quá nhấn mạnh vào một hoặc một số vấn đề cụ thể. Ngược lại, nếu phía đối tác cố tình đánh lạc hướng Luật sư theo cách này, Luật sư nên bình tĩnh và xử lý các yêu cầu của phía đối tác dựa trên các kết quả nghiên cứu của mình.

- *Sắp xếp Luật sư tham gia đàm phán có trình độ tương đương với Luật sư phía bên kia:* Luật sư của các bên tham gia đàm phán đều hướng tới mục đích cuối cùng là đạt được các quyền lợi theo yêu cầu của khách hàng. Như đã trình bày ở trên, kinh nghiệm là một trong những yếu tố quan trọng nhất quyết định khả năng thành công của Luật sư trong một cuộc đàm phán. Kinh nghiệm giúp cho Luật sư biết cần phải sử dụng kỹ thuật gì và thể hiện tâm lý, phong thái như thế nào khi đàm phán để đạt kết quả tốt nhất. Do đó, nếu khách hàng chỉ nhờ tổ chức hành nghề luật sư tham gia đàm phán thì việc lựa chọn Luật sư nào để trực tiếp đàm phán cũng đóng vai trò quan trọng. Về cơ bản, Luật sư được chọn để đàm phán cần phải có kinh nghiệm và trình độ tương đương với Luật sư phía đối tác để tạo một "thế trận cân bằng" khi tranh luận. Ví dụ, đối tác chọn Luật sư điều hành có kinh nghiệm thì tổ chức hành nghề luật sư cũng phải lựa chọn như vậy. Ngược lại, nếu biết Luật sư đối phương có ít kinh nghiệm và hiểu biết về giao dịch, thị trường hơn thì Luật sư có thể sử dụng những thủ thuật nhắm vào sự thiếu kinh nghiệm đó để tạo lợi thế. Do đó, tổ chức hành nghề luật sư cần sắp xếp Luật sư đàm phán có trình độ tương đương với Luật sư phía bên kia để hạn chế khả năng bị sử dụng ngược lại thủ thuật này.

Trong trường hợp Luật sư hoặc tổ chức hành nghề luật sư có thể tác động vào việc lựa chọn Luật sư đàm phán của đối tác, thì nên chọn Luật sư: Có kinh nghiệm trong lĩnh vực có liên quan đến giao dịch; có quan hệ trước với mình; không phải là người có chính kiến khi tham gia đàm phán. Điều này thường diễn ra khi hai bên khách hàng tham khảo việc chọn Luật sư đàm phán của nhau và khách hàng nhờ Luật sư tư vấn về việc nên chọn Luật sư nào của phía đối tác để tham gia đàm phán. Luật sư nên tư vấn cho khách hàng lựa chọn Luật sư đối phương có kinh nghiệm liên quan đến giao dịch để có thể hoàn tất giao dịch nhanh vì Luật sư của cả hai bên đều cần hiểu rõ về các vấn đề liên quan đến giao dịch. Bên cạnh đó, các Luật sư có quan hệ trước với nhau thường sẽ dễ thông cảm và không gây khó khăn cho nhau trong quá trình đàm phán. Cuối cùng, mục đích của việc lựa chọn Luật sư đối phương không có hoặc có ít chính kiến khi đàm phán là để dễ thuyết phục họ đồng ý với các đề xuất mà Luật sư đưa ra.

- *Chuẩn bị đủ nhân lực để "áp đảo" phía đối tác:* Khi đàm phán, việc tạo áp lực về mặt nhân lực và thời gian lên phía đối tác có thể giúp tổ chức hành nghề luật sư đạt được các thỏa thuận có lợi cho khách hàng của mình. Tổ chức hành nghề luật sư có thể chỉ định nhiều Luật sư thay phiên nhau tham gia đàm phán về tất cả các vấn đề nhằm làm Luật sư đối phương mệt mỏi khi họ không có đủ nhân lực để phản ứng, đối đáp. Ví dụ, khi giao dịch cần được hoàn tất gấp và phía đối tác chỉ cử một hoặc hai Luật sư tham gia đàm phán, tổ chức hành nghề luật sư nên cử đội ngũ Luật sư tốt nhất của mình để "áp đảo" Luật sư phía bên kia và cố gắng gửi dự thảo hợp đồng càng nhanh càng tốt cho đối tác để Luật sư của họ không có thời gian đọc tài liệu. Khi đó, Luật sư đối phương thường sẽ đồng ý thỏa hiệp và chấp nhận với các yêu cầu của khách hàng.

3. Một số lưu ý khi đàm phán

Khi cùng khách hàng tham gia đàm phán với đối tác, Luật sư cần lưu ý một số điểm sau để giúp cho quá trình đàm phán diễn ra một cách thuận lợi và hiệu quả:

- *Cân nhắc quan hệ giữa Luật sư và Luật sư phía đối tác:* Trong một số trường hợp, Luật sư sẽ không sử dụng các kỹ thuật đàm phán có tính cạnh tranh cao với một số Luật sư mà mình có quan hệ nghề nghiệp hoặc cá nhân tốt. Điều này cần thiết vì bên cạnh cuộc đàm phán, các Luật sư vẫn cần duy trì mối quan hệ hợp tác với các đồng nghiệp trong quá trình hành nghề. Việc đàm phán giữa các Luật sư có mối quan hệ thân thiết thường diễn ra suôn sẻ và có kết quả thuận lợi hơn cho các bên tham gia giao dịch.

- *Luật sư không được quyết định thay cho khách hàng:* Một điều quan trọng mà Luật sư cần phải nhớ là: Luật sư được trả tiền để tư vấn cho khách hàng, chứ không phải để quyết định thay cho khách hàng. Do vậy, Luật sư cần tôn trọng quyết định của khách hàng khi đàm phán. Việc Luật sư quyết định thay cho khách hàng là vượt quá phạm vi hành nghề của Luật sư và cũng là một hành vi không phù hợp với Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam.

- *Không được tự ý nói chuyện với khách hàng của Luật sư đối phương:* Đôi khi, một số Luật sư khi không đồng ý với Luật sư đối phương sẽ tự ý liên lạc và trao đổi trực tiếp với đối tác của khách hàng mà không có sự đồng ý từ Luật sư của họ. Đây cũng là một hành vi không phù hợp với Quy tắc Đạo đức và Ứng xử nghề nghiệp luật sư, cụ thể là quy tắc về tôn trọng và hợp tác với đồng nghiệp. Luật sư cần tôn trọng Luật sư đối phương và quyết định của phía đối tác khi thuê Luật sư đại diện cho họ trong quá trình đàm phán. Việc trao đổi trực tiếp với khách hàng của Luật sư đối phương có thể được xem như là một kỹ thuật đàm phán tiêu cực, lợi dụng việc họ không hiểu rõ về pháp luật để thuyết phục họ đồng ý với các yêu cầu mà mình đưa ra.

- *Không "nói xấu" Luật sư đối phương trên "bàn đàm phán":* Nghề Luật sư là nghề dựa trên "sự tin tưởng." Khách hàng phải tin tưởng Luật sư khi thuê Luật sư đại diện cho mình. Do vậy, "nói xấu" Luật sư đối phương trên "bàn đàm phán" vì bất kỳ lý do gì là hành vi không phù hợp với đạo đức nghề nghiệp Luật sư, "tấn công" vào sự tín nhiệm của

phía đối tác đối với Luật sư của họ. Đồng thời, hành vi này cũng thể hiện sự thiếu chuyên nghiệp của Luật sư khi đề cập các vấn đề không liên quan đến giao dịch trong cuộc đàm phán để tạo lợi thế cho mình. Bất kể có quan điểm như thế nào về Luật sư đối phương, Luật sư cũng cần thể hiện sự tôn trọng nhất định đối với họ như với đối tác và khách hàng của mình.

Luật sư của cả hai bên đều có trách nhiệm bảo vệ tốt nhất quyền lợi của khách hàng mà mình đại diện. Luật sư không có trách nhiệm đàm phán về các thỏa thuận cân bằng và không có trách nhiệm công bằng với bên kia. Do vậy, Luật sư có quyền sử dụng một số kỹ thuật để tận dụng lợi thế của mình hoặc tạo áp lực cho đối phương, với điều kiện là các kỹ thuật đó không được vi phạm pháp luật và đạo đức nghề nghiệp của Luật sư (cụ thể là, Luật sư cần trung thực, không lừa dối và có sự tôn trọng đồng nghiệp, đối tác của khách hàng). Mỗi Luật sư có thể lựa chọn các kỹ thuật đàm phán khác nhau tùy thuộc vào tính cách, quan điểm và kinh nghiệm hành nghề của cá nhân. Không có kỹ thuật nào bảo đảm là Luật sư sẽ chắc chắn đàm phán thành công, do vậy cần linh hoạt trong việc sử dụng các kỹ thuật đàm phán trên thực tế.

IV. KỸ NĂNG SOẠN THẢO HỢP ĐỒNG

Xét về độ khó, có lẽ việc soạn thảo một hợp đồng khó hơn việc viết (hay soạn thảo) một văn bản tư vấn pháp lý. Không giống với một văn bản trình bày một vấn đề pháp lý vốn có tính chất tương đối kỹ thuật và có thể theo một số khuôn mẫu nhất định (mở bài, kết luận và thân bài), việc soạn thảo hợp đồng ít có tính chất khuôn mẫu hơn, đòi hỏi sự sáng tạo nhất định của Luật sư để tạo ra một sản phẩm đáp ứng yêu cầu của khách hàng. Không có hợp đồng nào giống hợp đồng nào, kể cả hợp đồng về các giao dịch tương tự. Các hợp đồng mà Luật sư cần soạn rất đa dạng, bởi các lĩnh vực hoạt động và yêu cầu của khách hàng vốn rất phong phú. Khách hàng có thể yêu cầu Luật sư soạn thảo từ các hợp đồng mua bán, hợp đồng lao động hay hợp đồng thuê nhà đơn giản cho đến các hợp đồng mua bán, sáp nhập, hợp đồng tín dụng, hợp đồng

chứng khoán, hợp đồng xây dựng, hợp đồng chuyển giao công nghệ và hợp đồng bảo hiểm phức tạp hơn.

Để trình bày về vấn đề này, trước tiên cần bắt đầu bằng việc thảo luận về các loại điều khoản cơ bản của hợp đồng đứng từ góc độ soạn thảo văn bản, tiếp theo là một số kỹ năng có thể áp dụng trong việc soạn thảo hợp đồng.

1. Các điều khoản cơ bản của hợp đồng

Mặc dù phức tạp và ít có tính khuôn mẫu, nhưng một điểm tích cực là, các hợp đồng đều có một số loại điều khoản cơ bản nhất định và nếu người soạn hiểu mục đích và cơ cấu của các điều khoản đó, thì việc soạn thảo sẽ trở nên có tính hệ thống và khuôn mẫu hơn. Nhìn một cách khái quát, hợp đồng có ba loại điều khoản cơ bản sau:

- *Các điều khoản về cơ cấu giao dịch:* Các điều khoản về cơ cấu giao dịch thường có tính chất thương mại, mô tả bản chất, cơ cấu của giao dịch và thường được các bên thống nhất trong các thỏa thuận sơ bộ về giao dịch. Các điều khoản này thường quy định về lợi ích của các bên và không đặt ra các vấn đề pháp lý phức tạp (ví dụ, đối tượng hợp đồng, chất lượng hàng hóa, giá cả và phương thức thanh toán). Thông thường, các điều khoản về cơ cấu giao dịch được quy định ở phần đầu của hợp đồng và nằm tách biệt với các điều khoản khác. Các điều khoản về cơ cấu giao dịch phụ thuộc vào từng loại giao dịch khác nhau. Vì vậy, khi soạn thảo các điều khoản này, điều quan trọng nhất mà các Luật sư nên lưu ý là cần mô tả chính xác và rõ ràng cơ cấu giao dịch mà các bên đã nhất trí.

- *Các điều khoản pháp lý quan trọng:* Mục đích lớn nhất của các điều khoản pháp lý quan trọng trong hợp đồng là nhằm phân bổ rủi ro. Các điều khoản này còn là cơ sở để các bên xem xét quyết định việc tham gia giao dịch. Theo thông lệ thị trường hiện nay, các điều khoản này sẽ được các bên đàm phán sơ bộ và ghi nhận trong các thỏa thuận sơ bộ về giao dịch. Tuy nhiên, do tính chất pháp lý phức tạp, các điều khoản pháp lý quan trọng thường sẽ được các bên đàm phán chi tiết

và kỹ càng hơn trong các giai đoạn sau đó. Về cơ bản, các điều khoản pháp lý quan trọng có thể được chia thành bốn nhóm chính sau:

+ Các điều kiện tiên quyết: Các điều kiện tiên quyết là các điều kiện cần hoàn tất để nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng phát sinh hiệu lực. Nói cách khác, đây là các điều kiện ảnh hưởng trực tiếp đến khả năng và thời điểm giao dịch được thực hiện. Do vậy, nhóm điều khoản này có lẽ là các điều khoản được các bên quan tâm nhất và việc đàm phán, soạn thảo thường khó khăn, phức tạp nhất khi đàm phán, soạn thảo hợp đồng. Các điều kiện tiên quyết thường là: Các sự kiện cần phát sinh hoặc không được phép phát sinh; các điều kiện cần đáp ứng; các nghĩa vụ mà các bên phải hoàn thành trước một thời điểm cụ thể. Khi soạn thảo các điều kiện tiên quyết, Luật sư cần xác định được các điều kiện có vai trò quan trọng trong việc xử lý rủi ro của khách hàng trước khi khách hàng có nghĩa vụ trong giao dịch.

+ Các cam đoan và bảo đảm về các sự kiện thực tế: Mục đích của các cam đoan và bảo đảm nhằm tạo điều kiện cho mỗi bên có thể biết được các sự kiện thực tế là các thông tin quan trọng liên quan trực tiếp đến giao dịch mà mỗi bên không thể tự mình biết được. Thông thường, các bên sử dụng các điều khoản này để bảo đảm tính xác thực của các thông tin, sự kiện thực tế quan trọng đối với các bên khi giao kết và thực hiện hợp đồng mà họ không thể tự thẩm định hoặc không muốn chịu trách nhiệm thẩm định. Ví dụ, công ty là bên giao kết hợp đồng được thành lập hợp pháp và có thẩm quyền đầy đủ để giao kết và thực hiện giao dịch. Việc cam đoan và bảo đảm này sai sự thật được xem là sự kiện vi phạm hợp đồng và bên bị vi phạm có quyền, ngoài những quyền khác được thỏa thuận theo hợp đồng, áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả như chấm dứt hợp đồng và đòi bồi thường thiệt hại. Do đó, các cam đoan và bảo đảm cũng là nhóm các điều khoản quan trọng để phân bố rủi ro trong hợp đồng.

+ Các cam kết: Các cam kết có thể hiểu là nghĩa vụ thực hiện hoặc không thực hiện các hành vi cụ thể theo thỏa thuận. Các cam kết sẽ có giá trị trong suốt thời hạn của hợp đồng hoặc tại các thời điểm có liên quan.

Ví dụ, hợp đồng thường quy định các cam kết về việc: Hoàn thành điều kiện tiên quyết sớm nhất; tuân thủ các quy định nội bộ và pháp luật; thực hiện các nghĩa vụ cụ thể được quy định trong hợp đồng.

+ Các sự kiện vi phạm và biện pháp xử lý: Sự kiện vi phạm phát sinh khi các bên vi phạm quy định trong hợp đồng. Sự kiện vi phạm điển hình bao gồm: Cam đoan và bảo đảm của một bên về các sự kiện thực tế không chính xác; một bên không tuân thủ bất kỳ cam kết nào. Khi sự kiện vi phạm phát sinh, bên bị vi phạm có quyền áp dụng các biện pháp xử lý được quy định trong luật và hợp đồng. Ví dụ, chấm dứt hợp đồng trước thời hạn, đòi tiền phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại. Khi soạn thảo các điều khoản về các biện pháp xử lý vi phạm, Luật sư cần lưu ý các điều kiện và giới hạn luật định với một số biện pháp xử lý vi phạm cụ thể. Ví dụ, phạt vi phạm phải được quy định trong hợp đồng và mức phạt vi phạm đối với hợp đồng thương mại là không quá 8% phần nghĩa vụ bị vi phạm.

Các điều khoản pháp lý quan trọng thường thay đổi phụ thuộc vào bản chất, cơ cấu giao dịch và các bên tham gia giao dịch. Do đó, khi soạn thảo hợp đồng, Luật sư cần kiến thức pháp lý và kinh nghiệm để xác định được các rủi ro tiềm ẩn trong giao dịch và sử dụng các điều khoản này để xử lý từng loại rủi ro dựa trên bản chất và mục đích của từng loại điều khoản nhằm phản ánh đúng sự phân bố rủi ro mà các bên đã thỏa thuận.

- *Các điều khoản tiêu chuẩn:* Các điều khoản tiêu chuẩn là các điều khoản khác mà hợp đồng thông thường cần phải có. Các điều khoản tiêu chuẩn chủ yếu bao gồm các quy định về giải quyết tranh chấp và thi hành các điều khoản của hợp đồng (ví dụ, nguyên tắc giải thích hợp đồng, luật điều chỉnh, cơ quan giải quyết tranh chấp, thông báo, sửa đổi hợp đồng, vô hiệu từng phần hay ngôn ngữ hợp đồng). Các điều khoản này thường đã được chuẩn hóa thành các điều khoản mẫu và liên quan đến các vấn đề phức tạp về thương mại, pháp lý nhiều hơn so với hai nhóm điều khoản trên. Vì vậy, việc soạn thảo các điều khoản tiêu chuẩn không quá phức tạp và đòi hỏi quá nhiều kỹ năng của Luật sư. Luật sư thường chỉ cần biết thông lệ thị trường để soạn thảo các điều khoản mẫu này.

2. Soạn thảo hợp đồng

Sau khi đã biết các loại điều khoản của hợp đồng, các Luật sư có thể bắt đầu vào việc soạn thảo hợp đồng với đủ cả ba loại điều khoản. Có hai giai đoạn cho việc soạn thảo hợp đồng: Giai đoạn chuẩn bị và giai đoạn soạn thảo.

a) Giai đoạn chuẩn bị:

Mục đích chính của Luật sư trong giai đoạn chuẩn bị là để hiểu giao dịch, vai trò của mình trong giao dịch cũng như phong cách và mức độ chi tiết của hợp đồng mà khách hàng muốn Luật sư soạn thảo. Điều quan trọng nhất đối với Luật sư lúc này có lẽ là xác định các rủi ro liên quan đến giao dịch và cách xử lý các rủi ro đó trong hợp đồng.

- *Hiểu giao dịch:* Để soạn thảo hợp đồng, điều quan trọng là Luật sư phải hiểu được các điều khoản thương mại và pháp lý đã được các bên thỏa thuận. Không có hợp đồng chung cho tất cả các giao dịch. Mỗi hợp đồng cho một giao dịch cụ thể phải thể hiện được các điều khoản thương mại và pháp lý cụ thể. Luật sư cần lưu ý tìm hiểu thỏa thuận của các bên về các điều khoản thương mại và pháp lý, quyền lợi của các bên, đặc biệt là quyền lợi của khách hàng mà mình đại diện cũng như những lo ngại của khách hàng về các vấn đề hoặc rủi ro có thể phát sinh. Luật sư cần biết và hiểu rõ các thông tin trên để chuẩn bị cho việc soạn thảo. Thông thường, khi thuê Luật sư, khách hàng sẽ thông báo cho Luật sư các thông tin trên một cách tương đối đầy đủ.

Trong trường hợp những thông tin được cung cấp không đầy đủ và rõ ràng, Luật sư cần hỏi lại khách hàng để hiểu rõ. Luật sư cần trao đổi và nhiều khi phải gợi mở cho khách hàng dựa trên kinh nghiệm của mình trong các giao dịch tương tự nhằm giúp khách hàng hình dung rõ ràng về giao dịch để có thể trình bày một cách chi tiết hơn về mong muốn của mình.

- *Xác định rõ vai trò của mình:* Như trình bày ở trên, Luật sư được trả tiền để đại diện cho khách hàng và do đó chỉ có nghĩa vụ đại diện cho khách hàng của mình. Luật sư cần biết rõ khách hàng của mình là ai và có quyền lợi gì cần bảo vệ. Trong giai đoạn soạn thảo hợp đồng,

sẽ không có hợp đồng nào bảo vệ quyền lợi của cả hai bên. Luật sư khi soạn dự thảo đầu tiên của hợp đồng cần soạn theo hướng ưu tiên bảo vệ quyền lợi cho khách hàng của mình.

Dự thảo đầu tiên thường phải quy định nhiều hơn mức mà khách hàng của luật sư thực sự muốn để sau quá trình đàm phán sẽ ở mức "cân bằng" hơn và ít nhất là đáp ứng được yêu cầu khách hàng. Chính phía bên kia hoặc Luật sư bên kia cũng sẽ có nhiệm vụ làm cho hợp đồng ở mức "cân bằng" hơn. Do vậy, một hợp đồng có tính chất "cân bằng" về quyền lợi của các bên là kết quả của việc đàm phán.

Một điều cần lưu ý là, các hợp đồng đều có một số tiêu chuẩn phổ biến, được chấp nhận chung về việc phân bố rủi ro của các bên. Khi soạn thảo hợp đồng, Luật sư cần biết các tiêu chuẩn này để không soạn hợp đồng có tính chất thiên vị cho một bên. Mặc dù dự thảo đầu tiên cần quy định quá mức khách hàng thực sự mong muốn, tuy nhiên việc soạn thảo quá thiên vị cho khách hàng của mình và đi quá xa so với thông lệ là không nên. Bởi lẽ, việc này có thể làm bên kia hoặc Luật sư của bên kia khó chịu, nghĩ rằng khách hàng, Luật sư có ý định lừa dối hoặc không tôn trọng họ, dẫn đến phản ứng tiêu cực.

- *Phong cách và mức độ chi tiết:* Luật sư cần làm rõ với khách hàng về phong cách và mức độ chi tiết của hợp đồng mà khách hàng mong muốn. Ví dụ, có khách hàng chỉ muốn hợp đồng dài 5 - 10 trang, nhưng cũng có những khách hàng muốn hợp đồng dài 50 - 100 trang. Các khách hàng theo hệ thống luật Anh - Mỹ thường muốn các hợp đồng dài và chi tiết trong các giao dịch quốc tế hơn các khách hàng theo hệ thống dân luật, do các khách hàng theo hệ thống dân luật có xu hướng dựa vào các quy định của luật thành văn và do vậy không cần nhắc lại trong hợp đồng. Cho dù có yêu cầu của khách hàng về phong cách và mức độ chi tiết hay không, thì Luật sư vẫn luôn phải nhớ hợp đồng cần cung cấp đầy đủ thông tin và rõ ràng.

Ngoài ra, nếu các bên không muốn việc thay đổi luật sau ngày ký hợp đồng có thể ảnh hưởng đến việc giải thích các vấn đề cụ thể trong hợp đồng thì nên thỏa thuận đưa ra quy định cụ thể về các vấn đề này trong hợp đồng.

Luật sư luôn cần nhớ rằng, người đọc hợp đồng không phải ai cũng có hiểu biết sâu rộng về các vấn đề pháp lý, vì vậy hợp đồng cần được soạn thảo chi tiết, cụ thể. Ví dụ, hợp đồng quy định rằng bên mua cổ phần có các quyền của cổ đông như quyền nhận cổ tức và quyền biểu quyết tại cuộc họp Đại hội đồng cổ đông hay một bên có quyền chấm dứt hợp đồng nếu bên kia vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ theo hợp đồng. Mặc dù có hay không quy định như vậy tại hợp đồng là không quan trọng và trong một số trường hợp cũng không tạo thêm cho bên mua bất kỳ quyền nào vì đây đã là quy định của luật, song việc quy định như vậy nhiều khi không thừa và làm cho các bên biết rõ hơn các quyền của mình.

- *Vẽ sơ đồ giao dịch và xác định các mốc thời gian, dự báo rủi ro liên quan đến giao dịch:* Một trong những bước chuẩn bị hiệu quả trước khi soạn thảo hợp đồng là có một sơ đồ theo trình tự thời gian các mốc chính của giao dịch. Nhìn vào sơ đồ sẽ giúp Luật sư dễ dàng hình dung quá trình ký kết và thực hiện giao dịch. Luật sư cần tự đặt câu hỏi xem nếu có vấn đề gì xảy ra trong từng giai đoạn của hợp đồng thì sẽ được xử lý như thế nào trong hợp đồng. Ba mốc thời gian và phân bố rủi ro chính của giao dịch là:

+ Thời điểm các bên ký hợp đồng: Vào ngày ký hợp đồng, các cam đoan và bảo đảm về các sự kiện thực tế của các bên cần đúng vì đây là cơ sở thực tế để các bên ký hợp đồng. Kể từ ngày ký hợp đồng, các bên bắt đầu có nghĩa vụ thực hiện các cam kết và bắt đầu quá trình hoàn tất các điều kiện tiên quyết;

+ Thời điểm hoàn tất giao dịch: Các điều kiện tiên quyết cần được đáp ứng hoặc từ bỏ bởi các bên trước ngày hoàn tất giao dịch. Vào ngày hoàn tất giao dịch, các cam đoan và bảo đảm về các sự kiện thực tế cần đúng. Ví dụ, vào ngày hoàn tất giao dịch, bên phát hành bán cổ phần cho bên mua và bên mua thanh toán tiền mua cổ phần;

+ Thời điểm kết thúc giai đoạn bồi hoàn: Trong suốt giai đoạn bồi hoàn, các bên có nghĩa vụ tuân thủ các cam kết theo hợp đồng. Nếu một bên vi phạm thì bên còn lại ngoài quyền chấm dứt hợp đồng còn có quyền đòi bồi hoàn.

Trên cơ sở các mốc thời gian và phân bố rủi ro chính của giao dịch như trên, Luật sư có thể xử lý những vấn đề cụ thể phát sinh từ giao dịch. Trên thực tế, quá trình tư duy để xác định các mốc thời gian và phân bố rủi ro chính không đơn giản như vậy, mà nó đòi hỏi rất nhiều kinh nghiệm cũng như nhận định của Luật sư về các rủi ro lý thuyết và thực tế có thể xảy ra. Sự khác biệt giữa một Luật sư ít kinh nghiệm và một Luật sư nhiều kinh nghiệm được thể hiện ở việc tìm ra và nhận định nhiều hay ít, chính xác hay không chính xác các rủi ro thực tế và quan trọng với khách hàng của mình.

Nói tóm lại, trước khi soạn thảo hợp đồng, Luật sư cần: Hiểu giao dịch (bao gồm các điều khoản thương mại và pháp lý đã được các bên thỏa thuận, biết rõ khách hàng của mình là ai và có quyền lợi gì cần được bảo vệ, làm rõ với khách hàng về phong cách và mức độ chi tiết mà khách hàng mong muốn và vẽ sơ đồ về giao dịch với các mốc thời gian, dự báo rủi ro chính và tư duy trên cơ sở đó. Hợp đồng cần được soạn thảo trên cơ sở có thể xử lý tất cả các rủi ro phát sinh từ giao dịch.

b) Giai đoạn soạn thảo:

Có hai cách để Luật sư bắt đầu soạn thảo văn bản:

Cách 1: Luật sư không dựa trên bất kỳ tiền lệ hoặc mẫu hợp đồng nào để tham khảo mà tự mình nghĩ ra một hợp đồng hoàn toàn mới để đáp ứng yêu cầu của khách hàng;

Cách 2: Luật sư soạn thảo hợp đồng dựa trên các tiền lệ hoặc mẫu hợp đồng tương tự.

Cho dù thực hiện theo cách nào thì hợp đồng cũng cần đủ ba nhóm điều khoản cơ bản đã được trình bày ở trên.

- *Soạn thảo từ đầu:* Nếu không thể có bất kỳ tiền lệ hoặc mẫu hợp đồng nào để tham khảo và phải tự mình nghĩ ra một hợp đồng hoàn toàn mới để đáp ứng yêu cầu của khách hàng thì Luật sư nên lưu ý một số điểm sau:

+ Suy nghĩ và chuẩn bị cơ cấu cơ bản của hợp đồng;

+ Xem xét xem cơ cấu của hợp đồng có lôgic chưa, hợp đồng đã có đủ ba loại điều khoản cơ bản như trình bày ở trên chưa;

+ Xem xét xem cơ cấu của hợp đồng có phản ánh trình tự các mốc thời gian và các rủi ro có thể phát sinh theo trình tự thời gian đó hay chưa;

+ Tìm hiểu các thông lệ thị trường đối với loại hợp đồng có liên quan.

Sau khi đã xem xét đầy đủ các yếu tố trên thì Luật sư có thể bắt đầu tiến hành soạn thảo hợp đồng trên cơ sở có tính đến các thông lệ thị trường đối với loại hợp đồng có liên quan.

- *Soạn thảo dựa trên tiền lệ/mẫu hợp đồng có sẵn:* Việc sử dụng tiền lệ/mẫu hợp đồng đã có sẵn sẽ đỡ tốn thời gian hơn và tránh việc soạn thảo các quy định không phù hợp với thông lệ thị trường. Khi sử dụng tiền lệ/hợp đồng có sẵn, Luật sư nên lưu ý một số điểm sau:

+ Không nên chỉ sử dụng một tiền lệ/mẫu hợp đồng mà nên sử dụng một vài tiền lệ/mẫu hợp đồng để so sánh và xem xét xem tiền lệ/mẫu hợp đồng nào phù hợp nhất với giao dịch có liên quan. Để biết tiền lệ/mẫu hợp đồng nào phù hợp, nên tìm hiểu nguồn gốc và lịch sử của tiền lệ/mẫu hợp đồng;

+ Không nên áp dụng tiền lệ/mẫu hợp đồng một cách cứng nhắc. Cần hiểu bản chất và mục đích của bất kỳ điều khoản nào trong tiền lệ/mẫu hợp đồng mà Luật sư muốn sử dụng trong dự thảo của mình;

+ Luôn lưu ý là, tiền lệ/mẫu hợp đồng có thể không tốt hoặc không phù hợp với giao dịch có liên quan vì: Tiền lệ/mẫu hợp đồng có thể đã cũ và chưa được cập nhật kịp thời cho phù hợp với sự thay đổi của pháp luật; tiền lệ/mẫu hợp đồng có thể đã được đàm phán rất chi tiết cho một giao dịch cụ thể và các quy định như vậy không phù hợp với giao dịch có liên quan; và tiền lệ/mẫu hợp đồng có thể không tốt do Luật sư soạn thảo tiền lệ/mẫu hợp đồng trước đó không phải là Luật sư giỏi;

+ Khi sử dụng tiền lệ/mẫu hợp đồng cần lưu ý: Cơ cấu lôgic, thuật ngữ và phong cách soạn thảo của tiền lệ/mẫu hợp đồng, để áp dụng trong việc soạn thảo hợp đồng của mình.

- *Kiểm tra khi hoàn tất việc soạn thảo:* Một hợp đồng tốt thường là kết quả của một vài lần dự thảo. Ở mỗi lần dự thảo, Luật sư phát hiện thêm một vài vấn đề mới và sửa một vài điều khoản tương ứng trong hợp đồng. Càng được xem đi xem lại nhiều lần thì hợp đồng càng chặt chẽ, bớt sai sót.

Ở thời điểm mà dự thảo hoàn tất và cần được gửi đến khách hàng, Luật sư phải đọc lại ít nhất hai lần: Một lần để kiểm tra lôgic và nội dung, một lần để kiểm tra hình thức văn bản. Việc mỗi lần chỉ chú ý đến một khía cạnh của hợp đồng (trước tiên là nội dung và sau đó là hình thức) sẽ giúp Luật sư có thể tập trung xem xét về khía cạnh đó từ đầu đến cuối và phát hiện ra các lỗi soạn thảo nhỏ mà thông thường nếu đọc lướt, có thể không phát hiện ra.

Như vậy, Luật sư trong quá trình soạn hợp đồng có thể: Bắt đầu soạn thảo từ các tiền lệ/mẫu hợp đồng có sẵn hoặc soạn thảo hợp đồng mới (trong trường hợp bắt buộc phải làm như vậy). Luật sư cần thận trọng khi sử dụng tiền lệ và cần sửa đổi tiền lệ để phù hợp với giao dịch cụ thể của mình. Ngoài ra, Luật sư cũng nên đọc lại ít nhất hai lần trước khi gửi hợp đồng cho khách hàng (một lần để kiểm tra lôgic và một lần để kiểm tra hình thức văn bản).

3. Một số nguyên tắc nên nhớ

Khi soạn thảo hợp đồng, có một số nguyên tắc có thể áp dụng và rất hiệu quả cho việc soạn thảo để hợp đồng rõ ràng, dễ hiểu và thống nhất. Đó là:

- Dùng thuật ngữ được định nghĩa phù hợp để đơn giản hóa hợp đồng và tránh lặp lại (ví dụ nếu một cụm từ được dùng nhiều lần trong một hợp đồng thì nên được định nghĩa);

- Phong cách soạn thảo và cách dùng từ cần thống nhất (ví dụ đã dùng thuật ngữ “hợp đồng” thì dùng từ đầu đến cuối văn bản, không lúc dùng “hợp đồng” lúc dùng “thỏa thuận” để cùng chỉ một văn bản);

- Một đoạn thể hiện một ý, một câu thể hiện một nghĩa vụ, và nghĩa vụ của các bên đối lập nên được thể hiện một cách riêng biệt;

- Luôn nhớ đề ngày dự thảo trên dự thảo hợp đồng để giới hạn trách nhiệm của Luật sư đối với các thay đổi luật trong thời gian từ lúc dự thảo xong cho tới ngày dự thảo được gửi đi. Luật sư sẽ không chịu trách nhiệm đối với những thay đổi luật sau ngày dự thảo được gửi cho khách hàng. Ngoài ra, Luật sư của các bên cần lưu ý ghi rõ bên soạn thảo hoặc bên có ý kiến góp ý trong dự thảo hợp đồng để tránh nhầm lẫn trong trường hợp có nhiều dự thảo do nhiều bên soạn thảo hoặc có ý kiến góp ý.

Chương 2
TƯ VẤN HOẠT ĐỘNG ĐẦU TƯ

Chương này trình bày một số vấn đề pháp lý cơ bản liên quan đến hoạt động đầu tư bao gồm: Dự án đầu tư; thủ tục cấp phép đầu tư; các hình thức đầu tư; các hạn chế đầu tư; đầu tư ra nước ngoài.

Các vấn đề pháp lý được trình bày ở chương này chủ yếu được phân tích theo quy định của Luật đầu tư năm 2014 sửa đổi, bổ sung năm 2016 (sau đây gọi tắt là Luật đầu tư năm 2014), Luật doanh nghiệp năm 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành các luật trên. Ở một số phần có liên quan, Chương này cũng phân tích một số quy định của Luật chứng khoán năm 2006 sửa đổi, bổ sung năm 2010 (sau đây gọi tắt là Luật chứng khoán năm 2006) và các văn bản hướng dẫn thi hành áp dụng cho công ty đại chúng.

I. DỰ ÁN ĐẦU TƯ VÀ CÁC YÊU CẦU CÓ LIÊN QUAN

1. Định nghĩa và phân loại dự án đầu tư

Dự án đầu tư được định nghĩa theo Luật đầu tư năm 2014 là "tập hợp đề xuất bỏ vốn trung hạn hoặc dài hạn để tiến hành các hoạt động đầu tư kinh doanh trên địa bàn cụ thể, trong khoảng thời gian xác định"[1]. Đây là định nghĩa chung áp dụng cho tất cả các loại dự án đầu tư. Tuy nhiên, tùy thuộc vào hình thức, tính chất và nguồn vốn đầu tư của từng loại dự án mà sẽ có định nghĩa riêng cho loại dự án đó. Ví dụ, dự án đầu tư xây dựng theo Luật xây dựng năm 2014

1. Khoản 2 Điều 3 Luật đầu tư năm 2014.

được sửa đổi năm 2016 (sau đây gọi tắt là Luật xây dựng năm 2014) được định nghĩa là "tập hợp các đề xuất có liên quan đến việc sử dụng vốn để tiến hành hoạt động xây dựng để xây dựng mới, sửa chữa, cải tạo công trình xây dựng nhằm phát triển, duy trì, nâng cao chất lượng công trình hoặc sản phẩm, dịch vụ trong thời hạn và chi phí xác định"[1]. Dự án đầu tư công theo Luật đầu tư công năm 2014 được định nghĩa là "dự án đầu tư sử dụng toàn bộ hoặc một phần vốn đầu tư công"[2]. Chương này tập trung vào các quy định về dự án nói chung quy định tại Luật đầu tư năm 2014.

Theo các quy định tại Luật đầu tư năm 2014, dự án đầu tư có thể được phân thành các nhóm chính như sau:

- Dự án cần chấp thuận chủ trương đầu tư (thuộc thẩm quyền của Quốc hội, Thủ tướng Chính phủ hoặc Ủy ban nhân dân cấp tỉnh) và dự án không cần chấp thuận chủ trương đầu tư;

- Dự án của nhà đầu tư nước ngoài đầu tư vào Việt Nam và dự án của nhà đầu tư Việt Nam đầu tư ra nước ngoài;

- Dự án đầu tư trong nước và dự án có vốn đầu tư nước ngoài;

- Dự án thuộc lĩnh vực kinh doanh có điều kiện và dự án không thuộc lĩnh vực kinh doanh có điều kiện.

2. Thời hạn hoạt động của dự án đầu tư

Tùy vào hình thức, tính chất và quy mô của từng dự án mà cơ quan có thẩm quyền cấp phép đầu tư quyết định thời hạn hoạt động của dự án đó. Tổng thời hạn hoạt động của dự án không quá 50 năm đối với dự án đầu tư ngoài khu kinh tế và không quá 70 năm đối với: Dự án đầu tư trong khu kinh tế; dự án đầu tư thực hiện tại địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn, địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn; dự án có vốn đầu tư lớn nhưng thu hồi vốn chậm[3].

---

1. Khoản 15 Điều 3 Luật xây dựng năm 2014.
2. Khoản 13 Điều 4 Luật đầu tư công năm 2014.
3. Điều 43 Luật đầu tư năm 2014.

3. Bảo đảm đầu tư của Chính phủ Việt Nam với các nhà đầu tư nước ngoài

Theo các Điều 5, 9, 11, 12, 13, 14 Luật đầu tư năm 2014, Nhà nước Việt Nam thực hiện các hoạt động bảo đảm đầu tư sau đây:

- Bảo đảm quyền sở hữu tài sản của nhà đầu tư tại Việt Nam (không bị quốc hữu hóa hoặc tịch thu bằng biện pháp hành chính; trường hợp Nhà nước trưng mua, trưng dụng vì lý do quốc phòng, an ninh thì nhà đầu tư được thanh toán, bồi thường theo quy định của pháp luật);

- Bảo đảm hoạt động đầu tư kinh doanh (không bắt buộc nhà đầu tư mua hàng hóa hoặc dịch vụ trong nước, đáp ứng tỷ lệ xuất khẩu, tự cân đối ngoại tệ phục vụ hoạt động xuất nhập khẩu, đáp ứng tỷ lệ nội địa hóa, v.v.);

- Bảo đảm chuyển tài sản của nhà đầu tư nước ngoài ra nước ngoài (bao gồm vốn đầu tư, các khoản thanh lý đầu tư, thu nhập từ hoạt động đầu tư kinh doanh, tiền và tài sản khác thuộc sở hữu hợp pháp của nhà đầu tư);

- Bảo lãnh của Chính phủ đối với một số dự án quan trọng (bao gồm bảo lãnh nghĩa vụ thực hiện hợp đồng của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc doanh nghiệp nhà nước tham gia thực hiện dự án đầu tư);

- Bảo đảm đầu tư kinh doanh trong trường hợp thay đổi pháp luật (nhà đầu tư được bảo đảm hưởng ưu đãi đầu tư cao hơn khi có thay đổi pháp luật, trừ các trường hợp thay đổi vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng, bảo vệ môi trường; trong các trường hợp không được hưởng ưu đãi cao hơn như vừa nêu, nhà đầu tư được xem xét khấu trừ thiệt hại, điều chỉnh mục tiêu dự án hoặc hỗ trợ khắc phục thiệt hại);

- Giải quyết tranh chấp trong hoạt động đầu tư kinh doanh tại Trọng tài hoặc Tòa án.

4. Ưu đãi đầu tư

Tại Việt Nam, các ưu đãi được dành cho cả các dự án đầu tư trong nước và nước ngoài trong các lĩnh vực kinh doanh và tại các khu vực địa lý nhất định. Các hình thức của ưu đãi đầu tư bao gồm:

- Áp dụng mức thuế suất thuế thu nhập doanh nghiệp thấp hơn mức thuế suất thông thường có thời hạn hoặc cho toàn bộ thời gian của dự án; miễn, giảm thuế thu nhập doanh nghiệp;

- Miễn thuế nhập khẩu đối với hàng hóa nhập khẩu để tạo tài sản cố định, nguyên liệu, vật tư, linh kiện để thực hiện dự án đầu tư;

- Miễn, giảm tiền thuê đất, tiền sử dụng đất, thuế sử dụng đất.

Đối tượng được hưởng ưu đãi đầu tư bao gồm dự án tham gia vào các lĩnh vực, ngành, nghề ưu đãi đầu tư quy định tại Phụ lục I Nghị định số 118/2015/NĐ-CP ngày 12 tháng 11 năm 2015 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật đầu tư năm 2014 (sau đây gọi tắt là Nghị định 118/2015/NĐ-CP), cụ thể như sau:

- Sản xuất ứng dụng công nghệ cao sản xuất các sản phẩm công nghệ cao, nghiên cứu và phát triển;

- Sản xuất vật liệu mới, năng lượng mới, năng lượng sạch, năng lượng tái tạo, sản xuất các sản phẩm với ít nhất 30% giá trị gia tăng, sản phẩm tiết kiệm năng lượng;

- Sản xuất sản phẩm cơ khí trọng điểm điện tử, máy móc thiết bị nông nghiệp, ôtô và phụ tùng ôtô, đóng tàu;

- Sản xuất các sản phẩm phụ trợ phục vụ ngành dệt may, da giày, điện tử, sản phẩm điện tử trọng điểm, sản phẩm cơ khí, máy móc phục vụ nông nghiệp, ôtô và phụ tùng ôtô, ngành công nghiệp đóng tàu;

- Sản xuất sản phẩm công nghệ thông tin, phần mềm, sản phẩm với nội dung số;

- Trồng trọt và chế biến nông sản, lâm sản, thủy sản, trồng rừng và bảo vệ rừng, sản xuất muối, đánh cá và dịch vụ hỗ trợ đánh cá, sản xuất giống cây trồng, giống vật nuôi, và sản phẩm công nghệ sinh học;

- Thu gom, xử lý và tái chế chất thải;

- Phát triển, vận hành, quản lý công trình cơ sở hạ tầng, phát triển vận tải hành khách công cộng tại các khu vực đô thị;

- Giáo dục mầm non, tiểu học và trung học, giáo dục nghề nghiệp;

- Khám bệnh, chữa bệnh, sản xuất thuốc, nguyên liệu làm thuốc, thuốc cơ bản, thuốc thiết yếu, thuốc phòng và điều trị các bệnh xã hội, vắc xin, sinh phẩm y tế, thuốc từ dược liệu, thuốc đông dược, nghiên cứu khoa học cho sản xuất dược phẩm;

- Đầu tư vào các cơ sở thể dục - thể thao cho các vận động viên khuyết tật hoặc vận động viên chuyên nghiệp, bảo vệ và phát huy di sản văn hóa;

- Đầu tư vào các trung tâm lão khoa, các trung tâm sức khỏe tâm thần, điều trị cho bệnh nhân chất độc màu da cam, các trung tâm chăm sóc người già, người tàn tật, trẻ mồ côi, trẻ em lang thang không nơi nương tựa;

- Quỹ tín dụng nhân dân, các tổ chức tài chính vi mô.

Các dự án thuộc lĩnh vực đầu tư khác cũng có thể được ưu đãi nếu được thực hiện tại các khu vực sau:

- Vùng có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn hoặc đặc biệt khó khăn theo danh mục do Chính phủ công bố;

- Các khu công nghiệp, khu chế xuất, khu kinh tế, khu công nghệ cao.

Ưu đãi đầu tư cũng được áp dụng cho các dự án có tổng vốn đầu tư tối thiểu là 6.000 tỷ đồng, có thể giải ngân trong vòng ba năm kể từ khi đăng ký dự án; Dự án ở khu vực nông thôn sử dụng từ 500 lao động trở lên; Doanh nghiệp công nghệ cao và các doanh nghiệp hay tổ chức khoa học - công nghệ. Ngoài ra, ưu đãi đầu tư còn được áp dụng đối với dự án đầu tư mới và dự án đầu tư mở rộng.

5. Các yêu cầu có liên quan đến dự án đầu tư

Nhà đầu tư muốn thành lập một doanh nghiệp mới để triển khai dự án đầu tư cần cân nhắc các vấn đề pháp lý sau đây trước khi quyết định về loại hình và phạm vi đầu tư.

a) Vốn tối thiểu:

Vốn điều lệ tối thiểu (tức là vốn cổ phần đăng ký trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh thực hiện dự án) là yêu cầu bắt buộc đối với một số hoạt động kinh doanh nhất định như ngân hàng, tổ chức tài chính

không phải ngân hàng, kinh doanh bất động sản, sản xuất phim ảnh, vận chuyển hàng không, sân bay, dịch vụ kiểm toán, kinh doanh mạng viễn thông có dây và không dây.

Trong một số hình thức dự án đầu tư, vốn điều lệ của doanh nghiệp dự án phải đáp ứng một tỷ lệ nhất định trong tổng vốn đầu tư của dự án (đối với các dự án phát triển bất động sản, sản xuất năng lượng hoặc các dự án được thực hiện dưới hình thức đối tác công tư).

b) Ngành, nghề kinh doanh có điều kiện:

Cũng như các nước khác trên thế giới, pháp luật Việt Nam quy định việc hạn chế đầu tư vào một số lĩnh vực nhạy cảm. Việc hạn chế này được thực hiện thông qua quy định về các "ngành nghề cấm đầu tư kinh doanh" và "ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện".

c) Ký quỹ bảo đảm thực hiện dự án đầu tư:

Theo quy định tại Luật đầu tư năm 2014, nhà đầu tư phải ký quỹ để bảo đảm thực hiện dự án được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất, trừ các trường hợp sau[1]:

- Nhà đầu tư trúng đấu giá quyền sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê;

- Nhà đầu tư trúng đấu thầu thực hiện dự án đầu tư có sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đấu thầu;

- Nhà đầu tư được Nhà nước giao đất, cho thuê đất trên cơ sở nhận chuyển nhượng dự án đầu tư đã thực hiện ký quỹ hoặc đã hoàn thành việc góp vốn, huy động vốn theo tiến độ quy định tại Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư, văn bản Quyết định chủ trương đầu tư;

- Nhà đầu tư được Nhà nước giao đất, cho thuê đất để thực hiện dự án đầu tư trên cơ sở nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất của người sử dụng đất khác;

---

1. Điều 42 Luật đầu tư năm 2014 và khoản 1, 2 Điều 27 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP.

- Nhà đầu tư là đơn vị sự nghiệp có thu, công ty phát triển khu công nghệ cao được thành lập theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền thực hiện dự án đầu tư được Nhà nước giao đất, cho thuê đất để phát triển kết cấu hạ tầng khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu chức năng trong khu kinh tế.

Mức ký quỹ để bảo đảm thực hiện dự án từ 1% đến 3% vốn đầu tư của dự án tùy vào quy mô, tính chất và tiến độ thực hiện của từng dự án cụ thể. Việc ký quỹ được thực hiện trên cơ sở thỏa thuận bằng văn bản giữa cơ quan đăng ký đầu tư và nhà đầu tư sau khi dự án đầu tư được cấp Quyết định chủ trương đầu tư nhưng phải trước thời điểm giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất. Đối với dự án đầu tư không thuộc diện Quyết định chủ trương đầu tư thì thời điểm ký quỹ là thời điểm giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất. Khoản ký quỹ bảo đảm thực hiện dự án đầu tư được hoàn trả cho nhà đầu tư theo tiến độ thực hiện dự án đầu tư, trừ trường hợp không được hoàn trả do vi phạm tiến độ thực hiện dự án quy định tại Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư hoặc văn bản Quyết định chủ trương đầu tư, hoặc do dự án bị chấm dứt mà không vì lý do bất khả kháng hoặc do lỗi của cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong quá trình thực hiện các thủ tục hành chính.

d) Các yêu cầu khác:

Các dự án đầu tư phải tuân thủ các chủ trương, chính sách của Nhà nước và cam kết thực hiện theo các điều ước quốc tế mà Việt Nam đã ký kết.

Cụ thể, các dự án đầu tư phải nằm trong các "quy hoạch tổng thể"đã được Chính phủ phê duyệt. Trên thực tế, các quy hoạch tổng thể ở một số ngành có thể không được cung cấp để nhà đầu tư có thể xác minh và xem xét. Thêm nữa, các quy hoạch tổng thể này có thể được điều chỉnh vào từng thời điểm. Vì vậy, nhà đầu tư nên tham khảo ý kiến của các bên tư vấn về quy hoạch tổng thể trước khi cân nhắc thực hiện dự án đầu tư.

II. THỦ TỤC CẤP PHÉP ĐẦU TƯ

1. Xin cấp Quyết định chủ trương đầu tư

Các dự án đầu tư sau đây phải có Quyết định chủ trương đầu tư của Quốc hội, Thủ tướng Chính phủ hoặc Ủy ban nhân dân cấp tỉnh tùy thuộc vào lĩnh vực, quy mô và phạm vi tác động của dự án đối với môi trường và dân sinh:

- Các dự án có ảnh hưởng lớn đến môi trường;

- Các dự án chuyển mục đích sử dụng đất trồng lúa quy mô lớn, di dân tái định cư quy mô lớn, phát triển cơ sở hạ tầng;

- Các dự án thuộc một số lĩnh vực kinh doanh có điều kiện, ví dụ, các dự án liên quan đến dầu khí, dự án sản xuất thuốc lá, dự án phát triển hạ tầng, dự án sân gôn;

- Các dự án có quy mô từ 5.000 tỷ đồng trở lên;

- Các dự án được Nhà nước giao đất, cho thuê đất không qua đấu thầu, có yêu cầu chuyển mục đích sử dụng đất, và có sử dụng công nghệ hạn chế chuyển giao.

Cơ quan đăng ký đầu tư sẽ phải tiến hành thủ tục lấy ý kiến thẩm định của cơ quan nhà nước có liên quan, lập báo cáo thẩm định trình cơ quan có thẩm quyền phê duyệt Quyết định chủ trương đầu tư. Quá trình này có thể kéo dài thủ tục cấp phép tùy vào số lượng các cơ quan nhà nước cần phải tham vấn. Các dự án đầu tư (đặc biệt là các dự án lớn và thuộc các lĩnh vực đặc thù cần phải xin Quyết định chủ trương đầu tư) phải phù hợp với một quy hoạch tổng thể được Chính phủ phê duyệt theo từng thời kỳ. Sự phù hợp với quy hoạch tổng thể này sẽ được cơ quan có thẩm quyền thẩm tra và rà soát trong quá trình cấp phép cho các dự án tương ứng[1]. Trong thực tế, quy hoạch tổng thể cho một số lĩnh vực có thể không được phổ biến rộng rãi cho nhà đầu tư tham chiếu và cân nhắc, và có thể thay đổi tại mỗi thời điểm. Do đó, khi thực hiện các dự án lớn hoặc trong các lĩnh vực đặc thù như xăng dầu, điện, ximăng, v.v.,

1. Điểm c khoản 6 Điều 33 Luật đầu tư năm 2014.

nhà đầu tư cần kiểm tra hoặc thuê dịch vụ tư vấn về các nội dung của quy hoạch tổng thể có hiệu lực tại thời điểm đó.

Cơ quan đăng ký đầu tư phải thông báo về kết quả cấp Quyết định chủ trương đầu tư cho nhà đầu tư trong thời hạn 35 ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ dự án đầu tư thuộc thẩm quyền của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Chính phủ quy định chi tiết về trình tự, thủ tục và thời hạn cấp Quyết định chủ trương đầu tư đối với dự án đầu tư thuộc thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ và Quốc hội.

2. Xin cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư, Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp và Giấy chứng nhận đăng ký việc góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp

a) Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư và Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp:

Nhà đầu tư theo thủ tục đầu tư nước ngoài muốn thực hiện dự án đầu tư tại Việt Nam phải đăng ký dự án để được cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư. Các nhà đầu tư không được coi là nhà đầu tư theo thủ tục đầu tư nước ngoài không phải thực hiện thủ tục cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư, tuy nhiên có thể lựa chọn thực hiện thủ tục này nếu có nhu cầu.

Đối với dự án đầu tư thuộc diện xin Quyết định chủ trương đầu tư, cơ quan đăng ký đầu tư cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư trong vòng 5 ngày làm việc kể từ ngày nhận được Quyết định chủ trương đầu tư. Đối với dự án đầu tư không thuộc diện xin Quyết định chủ trương đầu tư, cơ quan đăng ký đầu tư cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư trong vòng 15 ngày làm việc kể từ ngày nhận đủ hồ sơ; trường hợp từ chối phải thông báo bằng văn bản cho chủ đầu tư và nêu rõ lý do.

Sau khi nhận được Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư, nhà đầu tư đăng ký thành lập doanh nghiệp và được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp[1]. Cơ quan đăng ký kinh doanh sẽ cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp trong vòng 3 ngày làm việc kể từ ngày nhận đủ hồ sơ.

1. Điều 27 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP ngày 14 tháng 9 năm 2015 của Chính phủ về đăng ký doanh nghiệp.

b) Giấy chứng nhận đăng ký việc góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp:

Đối với trường hợp nhà đầu tư theo thủ tục đầu tư nước ngoài thực hiện đầu tư theo hình thức góp vốn, mua cổ phần trong tổ chức kinh tế, thông thường nhà đầu tư sẽ không phải thực hiện việc xin Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư hoặc Giấy chứng nhận đăng ký việc góp vốn, mua cổ phần. Tuy nhiên, nếu tổ chức kinh tế đó hoạt động trong ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện áp dụng đối với nhà đầu tư nước ngoài, hoặc giao dịch dẫn đến việc tổ chức kinh tế trở thành một nhà đầu tư theo thủ tục đầu tư nước ngoài, thì nhà đầu tư phải thực hiện việc đăng ký góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp để được cấp Giấy chứng nhận đăng ký việc góp vốn, mua cổ phần từ Sở Kế hoạch và Đầu tư cấp tỉnh nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính trước khi thực hiện[1]. Đây là quy định đặc thù của Luật đầu tư năm 2014 và có thể không áp dụng trong trường hợp nhà đầu tư theo thủ tục đầu tư nước ngoài đầu tư vào các công ty đại chúng, các ngân hàng hoặc công ty bảo hiểm vì trong trường hợp này, nhà đầu tư theo thủ tục đầu tư nước ngoài phải tuân theo các quy định chuyên biệt của pháp luật chứng khoán, tổ chức tín dụng hoặc bảo hiểm. Danh mục ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện áp dụng đối với nhà đầu tư nước ngoài thường được tập hợp và ban hành trong một quyết định của Bộ Kế hoạch và Đầu tư[2] và công bố trên Cổng thông tin quốc gia về đầu tư nước ngoài[3].

III. CÁC HÌNH THỨC ĐẦU TƯ

Khi thực hiện hoạt động đầu tư tại Việt Nam, các nhà đầu tư có thể tiến hành thông qua các hình thức dưới đây[4]:

- Đầu tư thành lập tổ chức kinh tế;

---

1. Khoản 2 Điều 46 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP .

2. Quyết định 1996/QĐ-BKHĐT ngày 25 tháng 12 năm 2015 của Bộ Kế hoạch và Đầu tư về công bố Danh mục điều kiện đầu tư đối với nhà đầu tư nước ngoài.

3. Khoản 1 Điều 13 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP.

Cổng thông tin quốc gia về đầu tư nước ngoài: <https://dautunuocngoai.gov.vn/fdi/nganhnghedautu/6>

4. Điều 22, Điều 24, Điều 27 và Điều 28 Luật đầu tư năm 2014.

- Đầu tư theo hình thức góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp vào tổ chức kinh tế;

- Đầu tư theo hình thức hợp đồng hợp tác kinh doanh (BCC);

- Đầu tư theo hình thức hợp đồng đối tác công tư (PPP).

Sau đây là một số phân tích chi tiết về những điểm cần lưu ý trước khi nhà đầu tư lựa chọn hình thức đầu tư tại Việt Nam.

1. Đầu tư thành lập tổ chức kinh tế

Nhà đầu tư có quyền thành lập tổ chức kinh tế. Riêng đối với nhà đầu tư nước ngoài, phải đáp ứng các điều kiện sau đây[1]:

- Trước khi thành lập tổ chức kinh tế, nhà đầu tư nước ngoài phải có dự án đầu tư (xin cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư như nội dung nêu ở Mục II Chương 2).

- Điều kiện về tỷ lệ sở hữu vốn điều lệ của nhà đầu tư nước ngoài[2]: Luật đầu tư năm 2014 quy định tỷ lệ sở hữu vốn điều lệ của nhà đầu tư nước ngoài không bị hạn chế trong tổ chức kinh tế, trừ các trường hợp tổ chức kinh tế là: Công ty niêm yết; công ty đại chúng; tổ chức kinh doanh chứng khoán; các quỹ đầu tư chứng khoán theo quy định pháp luật về chứng khoán; doanh nghiệp nhà nước cổ phần hóa hoặc chuyển đổi sở hữu theo hình thức khác; doanh nghiệp bị hạn chế sở hữu nước ngoài theo quy định của pháp luật có liên quan và điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Như vậy, mặc dù Luật đầu tư năm 2014 có quy định rõ không hạn chế tỷ lệ sở hữu vốn điều lệ của nhà đầu tư nước ngoài trong tổ chức kinh tế, trường hợp thứ sáu trên đây lại quy định khá rộng, có thể bao hàm hầu hết các tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài (Mục IV.2 Chương 2 dưới đây sẽ trình bày chi tiết hơn về vấn đề này).

Luật đầu tư năm 2014 quy định tỷ lệ sở hữu vốn điều lệ của nhà đầu tư nước ngoài là căn cứ để xác định tổ chức kinh tế thuộc đối tượng

1. Khoản 1 Điều 22 Luật đầu tư năm 2014.
2. Khoản 3 Điều 22 Luật đầu tư năm 2014.

nhà đầu tư trong nước hay nhà đầu tư nước ngoài để áp dụng các điều kiện và thủ tục đầu tư khác nhau. Theo đó, tổ chức kinh tế thuộc một trong các trường hợp sau phải đáp ứng điều kiện và thực hiện thủ tục đầu tư theo quy định đối với nhà đầu tư nước ngoài khi đầu tư thành lập tổ chức kinh tế; đầu tư góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp của tổ chức kinh tế; đầu tư theo hợp đồng BCC[1]:

- Có nhà đầu tư nước ngoài nắm giữ từ 51% vốn điều lệ trở lên;

- Có tổ chức kinh tế sở hữu 51% vốn nước ngoài trở lên nắm giữ 51% vốn điều lệ trở lên;

- Có nhà đầu tư nước ngoài và tổ chức kinh tế sở hữu 51% vốn nước ngoài trở lên cùng nắm giữ 51% vốn điều lệ trở lên.

Tổ chức kinh tế không thuộc các trường hợp nêu trên sẽ thực hiện điều kiện và thủ tục đầu tư theo như quy định đối với nhà đầu tư trong nước[2]. Ngoài việc tuân thủ các điều kiện đầu tư kinh doanh áp dụng chung cho các nhà đầu tư, nhà đầu tư nước ngoài còn phải tuân thủ một số điều kiện và thủ tục đầu tư riêng. Ví dụ, trước khi thành lập tổ chức kinh tế nhà đầu tư nước ngoài phải xin cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư[3]; không được đầu tư vào một tổ chức kinh tế thuộc lĩnh vực bị hạn chế sở hữu vốn của nhà đầu tư nước ngoài hoặc vượt quá giới hạn về sở hữu vốn theo quy định tại pháp luật chuyên ngành của Việt Nam và các điều ước quốc tế mà Việt Nam tham gia. Như vậy, tỷ lệ sở hữu vốn điều lệ của nhà đầu tư nước ngoài đóng một vai trò quan trọng trong việc xác định địa vị pháp lý của tổ chức kinh tế để tiến hành các thủ tục cần thiết khi thành lập và hoạt động đầu tư.

Về loại hình tổ chức kinh tế, nhà đầu tư có thể lựa chọn thành lập tổ chức kinh tế dưới các hình thức chính sau: Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên/hai thành viên trở lên; công ty cổ phần;

1. Khoản 1 Điều 23 Luật đầu tư năm 2014.

2. Khoản 2 Điều 23 Luật đầu tư năm 2014.

3. Khoản 5 Điều 21, điểm c khoản 4 Điều 22 và điểm c khoản 4 Điều 23 Luật doanh nghiệp năm 2014.

công ty hợp danh; doanh nghiệp tư nhân. Trong thực tiễn, hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần được nhiều nhà đầu tư lựa chọn thành lập do tính linh hoạt trong huy động vốn với một hoặc một số nhà đầu tư trong nước hoặc phù hợp đối với hình thức sở hữu 100% vốn điều lệ. Cơ cấu tổ chức và quản trị của tổ chức kinh tế được phân tích cụ thể hơn tại Chương 3 về tư vấn thành lập doanh nghiệp.

2. Đầu tư theo hình thức góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp vào tổ chức kinh tế Việt Nam

Đầu tư vào doanh nghiệp đã thành lập (doanh nghiệp mục tiêu), thông qua việc góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp trong doanh nghiệp đó, là hình thức thứ hai mà nhà đầu tư có thể lựa chọn để đầu tư vào Việt Nam. Cụ thể, theo Luật đầu tư năm 2014, nhà đầu tư có thể đầu tư vào một doanh nghiệp đã được thành lập thông qua các hình thức sau:

- Mua cổ phần phát hành lần đầu hoặc cổ phần phát hành thêm của công ty cổ phần;
- Góp vốn vào công ty trách nhiệm hữu hạn;
- Mua cổ phần trong công ty cổ phần từ cổ đông hoặc công ty;
- Mua phần vốn góp của các thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn để trở thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn[1].

Ngoài các hình thức trên, Luật đầu tư năm 2014 cũng đề cập các hình thức khác như góp vốn, mua phần vốn góp trong công ty hợp danh hoặc tổ chức kinh tế khác. Tuy nhiên, trên thực tế, việc đầu tư theo hình thức góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp của nhà đầu tư chủ yếu diễn ra theo bốn hình thức trên. Trình tự, thủ tục cũng như điều kiện để thực hiện các hình thức nêu trên là khác nhau trong từng trường hợp và phụ thuộc vào nhiều yếu tố, đặc biệt là trong trường hợp nhà đầu tư là nhà đầu tư nước ngoài.

1. Điều 25 Luật đầu tư năm 2014.

Đầu tư theo hình thức góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp vào tổ chức kinh tế Việt Nam, nhà đầu tư nước ngoài phải lưu ý những vấn đề sau:

a) Loại hình doanh nghiệp của doanh nghiệp mục tiêu:

Việc phân loại loại hình doanh nghiệp của doanh nghiệp mục tiêu là một trong những yếu tố quan trọng đầu tiên cần xem xét khi tiến hành góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp trong doanh nghiệp mục tiêu đó. Loại hình doanh nghiệp khác nhau có thể sẽ dẫn tới luật áp dụng khác nhau, theo đó trình tự và thủ tục đầu tư cũng sẽ khác nhau.

Về căn bản, ngoại trừ trường hợp của một số doanh nghiệp đặc thù (bao gồm các công ty chứng khoán, công ty quản lý quỹ, các tổ chức tín dụng, công ty bảo hiểm và công ty trong lĩnh vực dầu khí), có thể chia doanh nghiệp mục tiêu làm hai loại chính: Công ty đại chúng và các doanh nghiệp khác không phải là công ty đại chúng. Sự khác biệt lớn nhất giữa hai nhóm này là luật áp dụng liên quan đến trình tự và thủ tục đầu tư. Đối với các doanh nghiệp thuộc nhóm thứ hai, trình tự và thủ tục đầu tư sẽ được điều chỉnh bởi Luật đầu tư năm 2014, trong khi đó, trình tự và thủ tục đầu tư đối với các công ty đại chúng, cụ thể là việc mua cổ phần trong công ty đại chúng, sẽ chịu sự điều chỉnh của Luật chứng khoán năm 2006. Trong trường hợp có bất kỳ sự khác biệt nào liên quan đến trình tự và thủ tục đầu tư vào công ty đại chúng giữa Luật đầu tư năm 2014 và Luật chứng khoán năm 2006 thì Luật chứng khoán năm 2006 sẽ được ưu tiên áp dụng[1].

Tương tự như vậy, đối với một số doanh nghiệp đặc thù, như công ty chứng khoán, công ty quản lý quỹ, các tổ chức tín dụng (bao gồm các ngân hàng), công ty trong lĩnh vực dầu khí và công ty bảo hiểm, trình tự và thủ tục góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp vào những doanh nghiệp này cũng sẽ chịu sự điều chỉnh của luật chuyên ngành, cụ thể là Luật chứng khoán năm 2006, Luật các tổ chức tín dụng năm 2010, Luật dầu khí năm 1993 sửa đổi, bổ sung năm 2000, 2008

1. Khoản 2 Điều 4 Luật đầu tư năm 2014.

(sau đây gọi tắt là Luật dầu khí năm 1993) và Luật kinh doanh bảo hiểm năm 2000 sửa đổi, bổ sung năm 2010 (sau đây gọi tắt là Luật kinh doanh bảo hiểm năm 2000). Trong trường hợp có bất kỳ sự khác biệt nào liên quan đến trình tự và thủ tục đầu tư vào những doanh nghiệp này giữa Luật đầu tư năm 2014 với Luật chứng khoán năm 2006, Luật các tổ chức tín dụng năm 2010, Luật dầu khí năm 1993 và Luật kinh doanh bảo hiểm năm 2000, thì Luật chứng khoán, Luật các tổ chức tín dụng, Luật dầu khí và Luật kinh doanh bảo hiểm sẽ được ưu tiên áp dụng. Trong các trường hợp khác ngoài các trường hợp nêu trên, Luật đầu tư sẽ được ưu tiên áp dụng[1].

b) Ngành, nghề kinh doanh của doanh nghiệp mục tiêu và tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài được phép tại doanh nghiệp mục tiêu:

Như đã phân tích, tỷ lệ sở hữu vốn điều lệ của nhà đầu tư nước ngoài trong các doanh nghiệp thuộc một số ngành nghề kinh doanh nhất định sẽ bị hạn chế theo quy định của pháp luật Việt Nam và các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết. Do đó, trong trường hợp nhà đầu tư là nhà đầu tư nước ngoài, việc xem xét ngành nghề kinh doanh của doanh nghiệp mục tiêu cũng như tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài được phép tương ứng với các ngành nghề đó cũng là một trong các yếu tố đầu tiên cần xem xét trước khi tiến hành góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp. Trong nhiều trường hợp, nhà đầu tư nước ngoài có thể sẽ phải yêu cầu doanh nghiệp mục tiêu tiến hành thủ tục gỡ bỏ các ngành nghề kinh doanh bị hạn chế ra khỏi danh sách ngành nghề kinh doanh của mình nếu nhà đầu tư muốn mua nhiều hơn tỷ lệ vốn điều lệ bị hạn chế.

Một điểm cần lưu ý đó là không phụ thuộc vào tỷ lệ sở hữu vốn điều lệ của nhà đầu tư nước ngoài trong doanh nghiệp mục tiêu sau khi góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp, nhà đầu tư nước ngoài sẽ phải tiến hành thủ tục đăng ký góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp tại Sở Kế hoạch và Đầu tư trong trường hợp góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp vào doanh nghiệp hoạt động trong ngành nghề đầu tư kinh doanh có

---

1. Khoản 2 Điều 4 Luật đầu tư năm 2014.

điều kiện đối với nhà đầu tư nước ngoài[1]. Quy định này không áp dụng đối với trường hợp mua cổ phần trong công ty đại chúng bởi quy định về việc đăng ký góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp với Sở Kế hoạch và Đầu tư là thủ tục đặc thù của Luật đầu tư năm 2014. Tuy nhiên, công ty đại chúng sẽ phải có nghĩa vụ báo cáo với Ủy ban Chứng khoán Nhà nước trong một vài trường hợp liên quan đến việc thay đổi tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài[2].

c) Số lượng vốn góp, cổ phần, phần vốn góp mua vào của nhà đầu tư:

Số lượng vốn góp, cổ phần, phần vốn góp mua vào của nhà đầu tư cũng là một yếu tố quan trọng tác động đến trình tự và thủ tục góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp trong doanh nghiệp mục tiêu.

Đối với trường hợp của các công ty đại chúng (trừ một số trường hợp ngoại lệ), việc mua cổ phần của nhà đầu tư có thể sẽ phải tiến hành theo thủ tục "chào mua công khai" nếu thuộc một trong các trường hợp sau:

- Việc mua cổ phiếu có quyền biểu quyết dẫn đến việc sở hữu từ 25% trở lên cổ phiếu đang lưu hành của một công ty đại chúng;

- Tổ chức, cá nhân và người có liên quan nắm giữ từ 25% trở lên cổ phiếu có quyền biểu quyết của một công ty đại chúng mua tiếp từ 10% trở lên cổ phiếu có quyền biểu quyết đang lưu hành của công ty đại chúng;

- Tổ chức, cá nhân và người có liên quan nắm giữ từ 25% trở lên cổ phiếu có quyền biểu quyết của một công ty đại chúng mua tiếp từ 5% đến dưới 10% cổ phiếu có quyền biểu quyết của công ty đại chúng trong thời gian dưới một năm, kể từ ngày kết thúc đợt chào mua công khai trước đó[3].

---

1. Điểm a khoản 1 Điều 26 Luật đầu tư năm 2014.

2. Khoản 1 Điều 12 Thông tư số 123/2015/TT-BTC ngày 18 tháng 8 năm 2015 của Bộ Tài chính hướng dẫn hoạt động đầu tư nước ngoài trên thị trường chứng khoán Việt Nam.

3. Điều 32 Luật chứng khoán 2006.

Đối với các doanh nghiệp khác, nếu việc góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp của nhà đầu tư nước ngoài dẫn đến tỷ lệ sở hữu vốn của nhà đầu tư nước ngoài chiếm từ 51% trở lên vốn điều lệ doanh nghiệp đó, nhà đầu tư nước ngoài sẽ phải tiến hành thủ tục đăng ký góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp tại Sở Kế hoạch và Đầu tư như đã phân tích tại Mục II của chương này[1].

Bên cạnh đó, tùy thuộc vào số lượng vốn góp, cổ phần, phần vốn góp mua vào, việc góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp của nhà đầu tư trong các công ty đại chúng, các doanh nghiệp đặc thù nêu ở phần trên có thể sẽ dẫn đến các nghĩa vụ báo cáo, đăng ký với Ủy ban Chứng khoán Nhà nước, Ngân hàng Nhà nước hoặc Bộ Tài chính theo quy định của pháp luật chuyên ngành.

Ngoài các vấn đề nêu trên, khi tiến hành việc góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp trong một doanh nghiệp, nhà đầu tư nước ngoài cũng cần phải lưu ý đến một số các vấn đề khác như: Yêu cầu nhà đầu tư nước ngoài thanh toán tiền góp vốn mua cổ phần thông qua tài khoản vốn đầu tư trực tiếp của doanh nghiệp bằng ngoại tệ hoặc đồng Việt Nam mở tại một ngân hàng được phép trước khi chuyển vào tài khoản của bên bán[2]; vấn đề về thuế thu nhập doanh nghiệp đối với bên bán trong giao dịch; yêu cầu về sửa đổi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp và thông báo với Sở Kế hoạch và Đầu tư có liên quan về bất kỳ thay đổi nào liên quan đến thông tin đăng ký doanh nghiệp (ví dụ thay đổi người đại diện theo pháp luật) phát sinh từ việc góp vốn, mua cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài. Thông thường, việc sửa đổi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp và thông báo thay đổi thông tin đăng ký doanh nghiệp với Sở Kế hoạch và Đầu tư có liên quan là một trong các điều kiện tiên quyết mà bên mua đưa ra trong hợp đồng mua bán cổ phần, phần vốn góp trước khi tiến hành việc chuyển tiền, hoàn thành giao dịch.

1. Điểm b khoản 1 Điều 26 Luật đầu tư năm 2014.

2. Khoản 2 Điều 4 Thông tư số 19/2014/TT-NHNN ngày 11 tháng 8 năm 2014 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam hướng dẫn về quản lý ngoại hối đối với hoạt động đầu tư trực tiếp nước ngoài vào Việt Nam.

3. Đầu tư theo hình thức hợp đồng BCC

Hình thức đầu tư theo Hợp đồng BCC là một trong những hình thức đầu tư linh hoạt, phù hợp với dự án có thời hạn triển khai ngắn. Hợp đồng BCC là hợp đồng được ký giữa các nhà đầu tư nhằm hợp tác kinh doanh phân chia lợi nhuận, phân chia sản phẩm mà không thành lập tổ chức kinh tế[1]. Bên cạnh đó, pháp luật đầu tư cũng cho phép các nhà đầu tư tham gia hợp đồng BCC được thỏa thuận sử dụng tài sản hình thành từ việc hợp tác kinh doanh để thành lập doanh nghiệp tại Việt Nam trong quá trình thực hiện hợp đồng BCC[2].

Chủ thể tham gia hợp đồng BCC bao gồm cả nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài. Dựa vào tính chất chủ thể, hợp đồng BCC được áp dụng quy định pháp luật khác nhau, có thể chia thành ba loại: Hợp đồng BCC ký kết giữa các nhà đầu tư trong nước, hợp đồng BCC ký kết giữa nhà đầu tư trong nước với nhà đầu tư nước ngoài và hợp đồng BCC ký kết giữa các nhà đầu tư nước ngoài. Theo đó, hợp đồng BCC loại đầu tiên sẽ thực hiện theo quy định pháp luật dân sự, còn hai loại còn lại sẽ thực hiện theo quy định của Luật đầu tư năm 2014 và phải làm thủ tục xin cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư[3].

Để bảo đảm thực hiện hợp đồng BCC, các bên tham gia hợp đồng BCC phải thành lập ban điều phối với quyền hạn và nhiệm vụ được các bên tự do thỏa thuận[4]. Đồng thời, Luật đầu tư năm 2014 đã có nhiều điểm quy định mới hỗ trợ hoạt động đầu tư dưới hình thức hợp đồng BCC khi đã quy định về việc cho phép các nhà đầu tư nước ngoài tham gia hợp đồng BCC được thành lập văn phòng điều hành[5]. Theo đó, văn phòng điều hành[6] này sẽ được cơ quan đăng ký đầu tư cấp Giấy chứng nhận đăng ký hoạt động văn phòng điều hành, có con dấu riêng, được tuyển dụng lao động, ký hợp đồng và tiến hành tất cả các hoạt động

1. Khoản 9 Điều 3 Luật đầu tư năm 2014.
2. Khoản 2 Điều 29 Luật đầu tư năm 2014.
3. Khoản 1 và 2 Điều 28 Luật đầu tư năm 2014.
4. Khoản 3 Điều 28 Luật đầu tư năm 2014.
5. Điều 49 Luật đầu tư năm 2014.
6. Khoản 5 Điều 49 Luật đầu tư năm 2014.

kinh doanh trong phạm vi được quy định tại hợp đồng BCC và Giấy chứng nhận đăng ký hoạt động văn phòng điều hành[1]. Quy định mới này đã khắc phục được nhược điểm trước đây trong quá trình thực hiện dự án đầu tư khi các nhà đầu tư gặp khó khăn vì phải ký kết các hợp đồng mà không có con dấu chung, tránh nhiều rủi ro về quyền lợi và nghĩa vụ chồng chéo giữa các bên tham gia hợp đồng.

4. Đầu tư theo hình thức hợp đồng PPP

Đầu tư theo hình thức hợp đồng PPP là loại hình đầu tư được thực hiện trên cơ sở hợp đồng giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án để thực hiện một dự án đầu tư. Các dự án thực hiện theo hình thức hợp đồng PPP thường là các dự án lớn, liên quan đến việc phát triển cơ sở hạ tầng, năng lượng và cung cấp dịch vụ công. Hiện nay, pháp luật Việt Nam ghi nhận bảy loại hợp đồng dự án theo hình thức hợp đồng PPP, bao gồm[2]:

- *Hợp đồng Xây dựng - Kinh doanh - Chuyển giao (BOT)*: Nhà đầu tư xây dựng công trình kết cấu hạ tầng. Sau khi hoàn thành công trình, nhà đầu tư được quyền kinh doanh công trình trong một thời hạn nhất định. Hết thời hạn, nhà đầu tư chuyển giao công trình đó cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền;

- *Hợp đồng Xây dựng - Chuyển giao - Kinh doanh (BTO)*: Nhà đầu tư xây dựng công trình kết cấu hạ tầng. Sau khi hoàn thành công trình, nhà đầu tư chuyển giao cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền và được quyền kinh doanh công trình đó trong một thời hạn nhất định;

- *Hợp đồng Xây dựng - Chuyển giao (BT)*: Nhà đầu tư xây dựng công trình kết cấu hạ tầng. Nhà đầu tư chuyển giao công trình đó cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền và được thanh toán bằng quỹ đất để thực hiện dự án khác theo các điều kiện nhất định;

---

1. Khoản 2 Điều 49 Luật đầu tư năm 2014.

2. Điều 3 Nghị định số 15/2015/NĐ-CP ngày 14 tháng 2 năm 2015 của Chính phủ về đầu tư theo hình thức đối tác công tư (sau đây gọi tắt là Nghị định số 15/2015/NĐ-CP).

- *Hợp đồng Xây dựng - Sở hữu - Kinh doanh (BOO)*: Nhà đầu tư xây dựng công trình kết cấu hạ tầng. Sau khi hoàn thành công trình, nhà đầu tư sở hữu và được quyền kinh doanh công trình đó trong một thời hạn nhất định;

- *Hợp đồng Xây dựng - Chuyển giao - Thuê dịch vụ (BTL)*: Nhà đầu tư xây dựng công trình kết cấu hạ tầng. Sau khi hoàn thành công trình, nhà đầu tư chuyển giao cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền và được quyền cung cấp dịch vụ trên cơ sở vận hành, khai thác công trình đó trong một thời hạn nhất định. Cơ quan nhà nước có thẩm quyền thuê dịch vụ và thanh toán cho nhà đầu tư;

- *Hợp đồng Xây dựng - Thuê dịch vụ - Chuyển giao (BLT)*: Nhà đầu tư xây dựng công trình kết cấu hạ tầng. Sau khi hoàn thành công trình, nhà đầu tư được quyền cung cấp dịch vụ trên cơ sở vận hành, khai thác công trình đó trong một thời hạn nhất định. Cơ quan nhà nước có thẩm quyền thuê dịch vụ và thanh toán cho nhà đầu tư;

- *Hợp đồng Kinh doanh - Quản lý (O&M)*: Là hợp đồng được ký giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư để kinh doanh một phần hoặc toàn bộ công trình trong một thời hạn nhất định.

Về cơ bản, một dự án đầu tư theo hình thức hợp đồng PPP tại Việt Nam được hình thành và phát triển theo các bước chính sau:

- *Xây dựng và công bố dự án:* Bộ, ngành, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh hoặc nhà đầu tư đề xuất dự án. Các dự án được đề xuất đều phải đáp ứng các tiêu chí nhất định, đặc biệt là phải phù hợp với quy hoạch, kế hoạch phát triển ngành, vùng và kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội của địa phương. Đề xuất dự án sau đó sẽ được thẩm định bởi các cơ quan có thẩm quyền. Trong trường hợp đề xuất dự án được phê duyệt, dự án, bao gồm cả thông tin nhà đầu tư trong trường hợp dự án do nhà đầu tư đề xuất, sau đó sẽ được công bố trên hệ thống mạng thông tin đấu thầu quốc gia[1];

- *Lập, thẩm định và phê duyệt báo cáo nghiên cứu tiền khả thi:* Sau khi được công bố, Bộ, ngành, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh có trách nhiệm

1. Chương III Nghị định số 15/2015/NĐ-CP.

lập báo cáo nghiên cứu tiền khả thi của dự án, làm cơ sở để lập hồ sơ mời thầu trong trường hợp dự án do Bộ, ngành, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh đề xuất. Đối với các dự án do nhà đầu tư đề xuất, nhà đầu tư có trách nhiệm lập báo cáo nghiên cứu tiền khả thi. Báo cáo nghiên cứu tiền khả thi sau đó sẽ được thẩm định và phê duyệt bởi các cơ quan có thẩm quyền[1];

- *Lựa chọn nhà đầu tư, đàm phán và ký kết thỏa thuận đầu tư, hợp đồng dự án:* Nhà đầu tư sẽ được chọn lựa thông qua hình thức đấu thầu rộng rãi hoặc chỉ định thầu. Nhà đầu tư được chọn sau đó sẽ ký kết thỏa thuận đầu tư, hợp đồng dự án với cơ quan nhà nước có thẩm quyền[2];

- *Đăng ký đầu tư và thành lập doanh nghiệp dự án:* Nhà đầu tư được chọn thực hiện thủ tục xin cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư và thành lập doanh nghiệp để thực hiện dự án[3];

- *Triển khai dự án:* Nhà đầu tư tiến hành lựa chọn nhà thầu và xây dựng dự án[4];

- *Quyết toán và chuyển giao công trình:* Nhà đầu tư và cơ quan nhà nước có thẩm quyền thực hiện quyết toán vốn đầu tư xây dựng công trình. Đối với các hợp đồng dự án có quy định việc chuyển giao công trình dự án, nhà đầu tư và cơ quan nhà nước có thẩm quyền thực hiện việc chuyển giao theo thỏa thuận trong hợp đồng dự án và tuân thủ các quy định của pháp luật[5].

IV. CÁC HẠN CHẾ ĐẦU TƯ

1. Hạn chế về ngành, nghề đầu tư kinh doanh

Hoạt động đầu tư kinh doanh trên lãnh thổ Việt Nam phải tuân thủ các quy định của pháp luật về đầu tư hiện hành. Cũng như các quốc gia khác, Việt Nam bảo lưu quyền quốc gia trong việc cấm hoặc hạn chế đầu tư vào một số lĩnh vực nhạy cảm.

---

1. Chương IV Nghị định số 15/2015/NĐ-CP.
2. Chương V Nghị định số 15/2015/NĐ-CP.
3. Chương VI Nghị định số 15/2015/NĐ-CP.
4. Chương VII Nghị định số 15/2015/NĐ-CP.
5. Chương VIII Nghị định số 15/2015/NĐ-CP.

Về cơ bản, nhà đầu tư có quyền tự chủ để quyết định và thực hiện các hoạt động đầu tư kinh doanh, ngoài các ngành nghề cấm đầu tư kinh doanh bao gồm: Kinh doanh các chất ma túy hoặc mẫu vật các loại thực vật, động vật hoang dã thuộc danh mục cấm; kinh doanh mại dâm; mua bán người, mô, bộ phận cơ thể người; và các hoạt động kinh doanh liên quan đến sinh sản vô tính trên người[1]. Nhà đầu tư không được phép thực hiện các hoạt động đầu tư kinh doanh vào các lĩnh vực nêu trên do mức độ nguy hiểm, độc hại và ảnh hưởng tiêu cực đến đời sống kinh tế, chính trị, an ninh, an toàn xã hội.

Việc hạn chế đầu tư cũng được thực hiện thông qua quy định về "ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện" vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng[2]. Đối với những ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện, nhà đầu tư chỉ được quyền kinh doanh trong các ngành nghề này kể từ khi đáp ứng đủ các điều kiện và phải bảo đảm đáp ứng các điều kiện đó trong quá trình hoạt động đầu tư kinh doanh. Phụ thuộc vào từng ngành nghề cụ thể, các điều kiện đầu tư kinh doanh có thể được áp dụng theo một hoặc một số hình thức sau đây[3]:

- Điều kiện về giấy phép (ví dụ, Giấy phép hoạt động giáo dục, Giấy phép hoạt động điện lực, v.v.);

- Điều kiện về giấy chứng nhận đủ điều kiện (ví dụ, Giấy chứng nhận cơ sở đủ điều kiện vệ sinh an toàn thực phẩm, Giấy chứng nhận đăng ký hoạt động bán hàng đa cấp, Giấy chứng nhận đủ điều kiện hoạt động điểm cung cấp dịch vụ trò chơi điện tử công cộng, v.v.);

- Điều kiện về chứng chỉ hành nghề (ví dụ, Chứng chỉ hành nghề môi giới bất động sản, Chứng chỉ hành nghề hoạt động xây dựng, v.v.);

- Điều kiện về chứng nhận bảo đảm trách nhiệm nghề nghiệp (ví dụ, bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp bắt buộc đối với kiến trúc sư, Luật sư, thẩm định giá, v.v.);

---

1. Khoản 1 Điều 6 Luật đầu tư năm 2014.
2. Khoản 1 Điều 7 Luật đầu tư năm 2014.
3. Điều 9 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP.

- Điều kiện về văn bản xác nhận (ví dụ, Giấy tiếp nhận bản công bố hợp quy, Giấy xác nhận công bố phù hợp quy định an toàn thực phẩm, xác nhận tiếp nhận hồ sơ thông báo hoạt động bán hàng đa cấp, v.v.);

- Các hình thức văn bản khác theo quy định của pháp luật;

- Các điều kiện mà nhà đầu tư phải đáp ứng mà không cần phải có các xác nhận, chấp thuận dưới các hình thức văn bản nêu trên (ví dụ, điều kiện về suất đầu tư tối thiểu và cơ sở vật chất đối với các cơ sở giáo dục; điều kiện vốn pháp định và cơ cấu cổ đông trong các công ty chứng khoán, công ty quản lý quỹ; điều kiện về hạn chế số lượng thuyền viên nước ngoài làm việc trên các tàu biển treo cờ Việt Nam thuộc sở hữu của doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ vận tải biển có vốn đầu tư nước ngoài, v.v.).

Các điều kiện kinh doanh được thể hiện đa dạng dưới nhiều hình thức khác nhau gồm có[1]: Hạn chế về tỷ lệ sở hữu vốn điều lệ của nhà đầu tư nước ngoài trong tổ chức kinh tế; điều kiện về hình thức đầu tư; điều kiện về phạm vi hoạt động đầu tư; điều kiện về đối tác Việt Nam tham gia thực hiện hoạt động đầu tư; Và/hoặc điều kiện cụ thể khác theo quy định tại các luật, pháp lệnh, nghị định và điều ước quốc tế về đầu tư mà Việt Nam là thành viên. Mặt khác, khoản 3 Điều 7 Luật đầu tư năm 2014 quy định rõ rằng các Bộ, cơ quan ngang bộ, Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân các cấp, cơ quan, tổ chức, cá nhân khác không được ban hành quy định về điều kiện đầu tư kinh doanh. Quy định này sẽ ngăn chặn việc các cơ quan khác ngoài Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội và Chính phủ ban hành các quy định về điều kiện đầu tư kinh doanh một cách tùy tiện và chồng chéo. Trong quá trình tư vấn đầu tư và thành lập doanh nghiệp cho nhà đầu tư nước ngoài, ngoài việc rà soát các văn bản pháp luật và các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, Luật sư có thể tham khảo danh mục ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện và các điều kiện đầu tư kinh doanh

---

1. Khoản 2 Điều 10 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP.

đối với các ngành nghề đó trên Cổng thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia và Cổng thông tin quốc gia về đầu tư nước ngoài[1].

Liên quan tới các điều kiện được áp dụng trên cơ sở các điều ước quốc tế về đầu tư mà Việt Nam tham gia, các điều kiện cơ bản được quy định tại Biểu cam kết về dịch vụ trong các văn bản gia nhập WTO của Việt Nam. Các điều kiện ít hạn chế hơn dành cho nhà đầu tư nước ngoài đến từ các nước ASEAN được quy định trong hệ thống các văn bản của Cộng đồng kinh tế ASEAN. Nhà đầu tư nước ngoài thuộc đối tượng áp dụng của các điều ước quốc tế về đầu tư có quy định khác nhau về điều kiện đầu tư được lựa chọn áp dụng điều kiện đầu tư quy định tại một trong các điều ước. Trường hợp đã lựa chọn một điều ước quốc tế thì nhà đầu tư nước ngoài phải thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình theo quy định của điều ước quốc tế đó[2]. Trong quá trình cấp phép, cơ quan có thẩm quyền sẽ xem xét việc đáp ứng các điều kiện của nhà đầu tư nước ngoài.

2. Hạn chế về tỷ lệ sở hữu vốn

Pháp luật về đầu tư hiện hành của Việt Nam cho phép nhà đầu tư nước ngoài sở hữu vốn điều lệ không hạn chế trong các công ty tại Việt Nam, trừ các trường hợp sau đây[3]:

- Tỷ lệ sở hữu nước ngoài tại công ty niêm yết, công ty đại chúng, tổ chức kinh doanh chứng khoán và các quỹ đầu tư chứng khoán thực hiện theo quy định của pháp luật về chứng khoán;

- Tỷ lệ sở hữu nước ngoài trong các doanh nghiệp nhà nước cổ phần hóa hoặc chuyển đổi sở hữu theo hình thức khác được thực hiện theo quy định của pháp luật về cổ phần hóa và chuyển đổi doanh nghiệp nhà nước;

- Tỷ lệ sở hữu nước ngoài được quy định trong các quy định khác của pháp luật có liên quan và điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

1. Khoản 5 Điều 7 Luật đầu tư năm 2014.
2. Điểm b khoản 2 Điều 10 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP.
3. Khoản 3 Điều 22 Luật đầu tư năm 2014.

Mặc dù Luật đầu tư năm 2014 cho phép nhà đầu tư nước ngoài được sở hữu vốn điều lệ không hạn chế trừ trường hợp nêu tại hai trường hợp đầu, cần lưu ý rằng quy định tại trường hợp thứ ba lại mở rộng phạm vi hạn chế sở hữu đầu tư nước ngoài bằng cách dẫn chiếu đến các quy định cụ thể khác hoặc điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Ví dụ, theo quy định hiện hành của pháp luật Việt Nam, trong lĩnh vực ngân hàng, tổng mức sở hữu cổ phần của nhà đầu tư nước ngoài dưới hình thức góp vốn, mua cổ phần không vượt quá 30% vốn điều lệ của một ngân hàng thương mại tại Việt Nam[1]; trong lĩnh vực chứng khoán, nhà đầu tư là tổ chức nước ngoài không đáp ứng được các điều kiện bắt buộc theo quy định của tại khoản 10 Điều 71 Nghị định số 58/2012/NĐ-CP ngày 20 tháng 7 năm 2012 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật chứng khoán và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật chứng khoán được sửa đổi, bổ sung ngày 26 tháng 6 năm 2015 bởi Nghị định số 60/2015/NĐ-CP, và ngày 1 tháng 7 năm 2016 bởi Nghị định số 86/2016/NĐ-CP (sau đây gọi tắt là Nghị định số 58/2012/NĐ-CP) chỉ được sở hữu dưới 51% vốn điều lệ của một tổ chức kinh doanh chứng khoán[2]. Bên cạnh đó, theo Biểu cam kết cụ thể về Thương mại dịch vụ của Việt Nam khi gia nhập Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO), Việt Nam cũng áp đặt hạn chế sở hữu nước ngoài trong một số ngành nghề đầu tư kinh doanh. Ví dụ, nhà đầu tư nước ngoài chỉ được sở hữu tối đa 51% vốn pháp định của công ty liên doanh trong lĩnh vực sản xuất phim, dịch vụ phát hành phim và dịch vụ chiếu phim; và 49% đối với công ty liên doanh trong lĩnh vực vận tải đường thủy nội địa. Trong trường hợp nhà đầu tư nước ngoài thực hiện hoạt động đầu tư vào các ngành nghề khác nhau, thì nhà đầu tư phải đáp ứng toàn bộ điều kiện đầu tư trong các ngành nghề đó[3], bao gồm cả việc bảo đảm tỷ lệ

1. Khoản 5 Điều 7 Nghị định số 01/2014/NĐ-CP ngày 3 tháng 1 năm 2014 của Chính phủ về việc nhà đầu tư nước ngoài mua cổ phần của tổ chức tín dụng Việt Nam.

2. Khoản 9 Điều 71 Nghị định số 58/2012/NĐ-CP được sửa đổi, bổ sung theo Nghị định số 60/2015/NĐ-CP và Nghị định số 86/2016/NĐ-CP.

3. Điểm a khoản 2 Điều 10 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP,

sở hữu vốn điều lệ của nhà đầu tư nước ngoài không được vượt quá mức cao nhất trong các ngành nghề (mà doanh nghiệp đó hoạt động) có quy định về tỷ lệ sở hữu nước ngoài. Do đó, trong quá trình tư vấn đầu tư và thành lập doanh nghiệp cho nhà đầu tư nước ngoài, Luật sư cần rà soát các quy định có liên quan của Việt Nam cũng như các điều ước quốc tế đa phương và song phương nổi bật (ví dụ, Biểu cam kết về dịch vụ trong các văn bản gia nhập WTO của Việt Nam, Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - EU, Hiệp định đối tác kinh tế toàn diện ASEAN - Nhật Bản, Hiệp định đối tác kinh tế Việt Nam - Nhật Bản, Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - Hàn Quốc, v.v.) để xác định tỷ lệ hạn chế sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài áp dụng cho các ngành nghề kinh doanh dự kiến của doanh nghiệp.

3. Danh mục lĩnh vực đầu tư có điều kiện

Như đã trình bày trên đây, Việt Nam bảo lưu quyền quốc gia trong việc cấm hoặc hạn chế đầu tư vào một số lĩnh vực nhạy cảm. Tuy nhiên, các hạn chế này lại được quy định rải rác trong các văn bản pháp luật chuyên ngành hoặc điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Trong nỗ lực tạo lập môi trường đầu tư thông thoáng hơn, các cơ quan có thẩm quyền đã từng bước rà soát và tập hợp danh mục ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện dưới cả hình thức văn bản pháp luật và hệ thống cổng thông tin trực tuyến nhằm tạo điều kiện thuận lợi hơn cho nhà đầu tư trong việc xác định các hạn chế áp dụng đối với đầu tư.

Cụ thể, Quốc hội đã ban hành "Danh mục ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện" kèm theo Phụ lục 4 của Luật đầu tư năm 2014, liệt kê 267 ngành nghề mà khi tiến hành đầu tư kinh doanh trong các lĩnh vực này, nhà đầu tư (bao gồm cả nhà đầu tư trong nước, nhà đầu tư nước ngoài và tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài) sẽ phải đáp ứng các điều kiện đặc thù được quy định cụ thể trong các luật, pháp lệnh, nghị định chuyên ngành và điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Kể từ ngày 01-01-2017, danh mục này đã được rút gọn xuống còn 243 ngành nghề theo quy định của Luật số 03/2016/QH14 ngày 22 tháng 11

năm 2016 của Quốc hội sửa đổi, bổ sung Điều 6 và phụ lục 4 về danh mục ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện của Luật đầu tư. Bộ Kế hoạch và Đầu tư cũng đã hoàn tất công tác hệ thống hóa và đăng tải danh mục ngành nghề và các điều kiện kinh doanh áp dụng chung đối với nhà đầu tư trên Cổng thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia[1].

Ngoài ra, Chính phủ cũng giao Bộ Kế hoạch và Đầu tư chủ trì, phối hợp với các cơ quan liên quan rà soát, tập hợp, hệ thống hóa các ngành nghề và điều kiện đầu tư áp dụng riêng đối với nhà đầu tư nước ngoài (bao gồm cả cá nhân có quốc tịch nước ngoài hoặc tổ chức thành lập theo pháp luật nước ngoài thực hiện hoạt động đầu tư tại Việt Nam và nhà đầu tư theo thủ tục đầu tư nước ngoài)[2]. Liên quan đến nội dung này, Bộ Kế hoạch và Đầu tư đã công bố "Danh mục điều kiện đối với nhà đầu tư nước ngoài" theo Quyết định số 1966/QĐ-BKHĐT ngày 25 tháng 12 năm 2015 và đăng tải lên Cổng thông tin quốc gia về đầu tư nước ngoài do Cục Đầu tư nước ngoài (thuộc Bộ Kế hoạch và Đầu tư) quản lý[3], sau khi rà soát các luật, pháp lệnh, nghị định trong nước liên quan đến đầu tư, cũng như các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, bao gồm:

- Biểu cam kết của Việt Nam khi gia nhập WTO (2007);
- Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN - ACIA (2009);
- Hiệp định khung ASEAN về dịch vụ - AFAS (2014);
- Các hiệp định thương mại tự do giữa Việt Nam với Hàn Quốc (VKFTA, 2015), và giữa ASEAN với Trung Quốc (ACFTA, 2005), Hàn Quốc (AKFTA, 2007), Ôtxtrâylia/Niu Dilân (AANZFTA, 2009), và Ấn Độ (AAFTA, 2010);
- Hiệp định về quan hệ đối tác kinh tế toàn diện giữa ASEAN và Nhật Bản (AJCEP, 2008);

---

1. Nguồn: <https://dangkykinhdoanh.gov.vn/vivn/danhm%E1%BB%A5cng%C3%A0nhngh%E1%BB%81% C4%91 %E1%BA%A7ut%C6%B0kinhdoanh.aspx>.
2. Khoản 1 Điều 13 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP.
3. Nguồn: <https://dautunuocngoai.gov.vn/fdi/nganhnghedautu/6>.

- Hiệp định về quan hệ thương mại Việt Nam và Hoa Kỳ (BTA, 2000);

- Hiệp định về tự do, xúc tiến và bảo hộ đầu tư Việt Nam - Nhật Bản (BIT Việt - Nhật, 2003);

- Hiệp định đối tác kinh tế giữa Việt Nam và Nhật Bản (VJEPA, 2008).

Danh mục ngành nghề và điều kiện đối với nhà đầu tư nước ngoài được đăng tải trên Cổng thông tin quốc gia về đầu tư nước ngoài được phân chia khái quát thành các ngành lớn, mỗi ngành lại được phân chia thành các phân ngành cụ thể hơn phù hợp với các hoạt động đầu tư, kinh doanh mà nhà đầu tư nước ngoài thực hiện. Các phân ngành lớn gồm có:

- Dịch vụ chuyên môn;
- Dịch vụ máy tính và các dịch vụ liên quan;
- Dịch vụ nghiên cứu và phát triển;
- Dịch vụ thuê hoặc cho thuê kèm hoặc không kèm người điều khiển;
- Các dịch vụ kinh doanh khác;
- Dịch vụ thông tin;
- Dịch vụ nghe nhìn;
- Dịch vụ xây dựng;
- Thương mại dịch vụ;
- Giáo dục đào tạo - dạy nghề và các dịch vụ liên quan;
- Môi trường;
- Dịch vụ y tế và xã hội;
- Dịch vụ du lịch và dịch vụ liên quan;
- Dịch vụ giải trí, văn hóa và thể thao;
- Dịch vụ vận tải;
- Bất động sản;
- Sản xuất, kinh doanh hàng hóa;
- Nông, lâm, ngư nghiệp.

Trong trường hợp các quy định về ngành nghề và điều kiện đầu tư, kinh doanh đối với nhà đầu tư nước ngoài có sự thay đổi theo quy định tại các luật, pháp lệnh, nghị định và điều ước quốc tế về đầu tư có liên quan, các danh mục nêu trên sẽ được điều chỉnh, cập nhật tương ứng[1]. Tuy nhiên, trong quá trình tư vấn đầu tư và thành lập doanh nghiệp cho nhà đầu tư nước ngoài, song song với việc đối chiếu các danh mục đã được hệ thống hóa, Luật sư cần chủ động rà soát các quy định có liên quan trong các văn bản pháp luật và điều ước quốc tế về đầu tư để bảo đảm không bỏ sót các điều kiện về đầu tư, kinh doanh áp dụng đối với nhà đầu tư nước ngoài.

V. ĐẦU TƯ RA NƯỚC NGOÀI

1. Các hình thức đầu tư ra nước ngoài

Đầu tư ra nước ngoài được thực hiện theo một trong hai hình thức: Đầu tư trực tiếp và đầu tư gián tiếp.

Đầu tư trực tiếp ra nước ngoài được định nghĩa là việc nhà đầu tư chuyển vốn hoặc thanh toán mua một phần hoặc toàn bộ cơ sở kinh doanh hoặc xác lập quyền sở hữu để thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh ngoài lãnh thổ Việt Nam đồng thời trực tiếp tham gia quản lý hoạt động đầu tư đó[2].

Đầu tư gián tiếp ra nước ngoài bao gồm việc mua, bán chứng khoán, giấy tờ có giá khác hoặc đầu tư thông qua các quỹ đầu tư chứng khoán, các định chế tài chính trung gian khác ở nước ngoài và được điều chỉnh riêng tại Luật chứng khoán năm 2006, Nghị định 135/2015/NĐ-CP ngày 31 tháng 12 năm 2015 của Chính phủ quy định về đầu tư gián tiếp ra nước ngoài và các văn bản có liên quan khác. Mục này tập trung vào các quy định về dự án đầu tư trực tiếp ra nước ngoài theo quy định tại Luật đầu tư năm 2014 và các văn bản hướng dẫn.

---

1. Khoản 3 Điều 13 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP.

2. Khoản 1 Điều 3 Nghị định số 83/2015/NĐ-CP ngày 25 tháng 9 năm 2015 của Chính phủ quy định về đầu tư ra nước ngoài (sau đây gọi tắt là Nghị định số 83/2015/NĐ-CP).

Theo khoản 1 Điều 52 Luật đầu tư năm 2014, các hình thức đầu tư ra nước ngoài cụ thể bao gồm[1]:

"(a) Thành lập tổ chức kinh tế theo quy định của pháp luật nước tiếp nhận đầu tư;

(b) Thực hiện hợp đồng BCC ở nước ngoài;

(c) Mua lại một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ của tổ chức kinh tế ở nước ngoài để tham gia quản lý và thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh tại nước ngoài;

(d) Mua, bán chứng khoán, giấy tờ có giá khác hoặc đầu tư thông qua các quỹ đầu tư chứng khoán, các định chế tài chính trung gian khác ở nước ngoài;

(đ) Các hình thức đầu tư khác theo quy định của pháp luật nước tiếp nhận đầu tư".

Điều kiện, trình tự thủ tục đầu tư ra nước ngoài và quản lý nhà nước đối với hoạt động đầu tư ra nước ngoài theo hình thức quy định tại các điểm (a), (b), (c) và (đ) nói trên chịu sự điều chỉnh của Luật đầu tư năm 2014 và các văn bản hướng dẫn Luật đầu tư năm 2014 về đầu tư ra nước ngoài. Hoạt động đầu tư ra nước ngoài trong lĩnh vực dầu khí còn tuân thủ theo quy định pháp luật về dầu khí. Riêng trường hợp (đ), nếu nhà đầu tư đề nghị đầu tư ra nước ngoài theo hình thức mà pháp luật Việt Nam chưa có quy định thì Bộ Kế hoạch và Đầu tư sẽ có văn bản đề xuất trình Thủ tướng Chính phủ xem xét, quyết định.

Hoạt động đầu tư ra nước ngoài theo hình thức quy định tại điểm (d) sẽ thực hiện theo quy định riêng tại pháp luật về chứng khoán. Các dự án đầu tư ra nước ngoài có sử dụng vốn nhà nước sẽ được thực hiện theo Luật quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp năm 2014 và các quy định hướng dẫn[2].

Về nguyên tắc, nhà đầu tư thực hiện hoạt động đầu tư ở nước ngoài ngoài việc phải tuân thủ quy định của Luật đầu tư năm 2014 và các

---

1. Điều 52 Luật đầu tư năm 2014.
2. Điều 7 Nghị định số 83/2015/NĐ-CP.

quy định hướng dẫn của luật pháp Việt Nam còn phải tuân thủ pháp luật của quốc gia, vùng lãnh thổ tiếp nhận đầu tư (sau đây gọi là nước tiếp nhận đầu tư) và điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên; tự chịu trách nhiệm về hiệu quả hoạt động đầu tư ở nước ngoài[1].

2. Điều kiện thực hiện đầu tư trực tiếp ra nước ngoài

Các nhà đầu tư thuộc tất cả các loại hình doanh nghiệp và nhà đầu tư cá nhân tại Việt Nam (ngoại trừ hoạt động đầu tư trực tiếp ra nước ngoài trong lĩnh vực dầu khí, chứng khoán và một số lĩnh vực đặc thù khác hoặc tại những địa bàn đầu tư đặc thù thực hiện theo quy định riêng của Chính phủ) được đầu tư trực tiếp ra nước ngoài khi đáp ứng các điều kiện sau:

- Có dự án đầu tư trực tiếp ra nước ngoài;

- Thực hiện đầy đủ nghĩa vụ tài chính đối với Nhà nước Việt Nam;

- Tuân thủ các quy định của pháp luật về quản lý và sử dụng vốn nhà nước đối với các trường hợp sử dụng vốn nhà nước để đầu tư trực tiếp ra nước ngoài;

- Được cấp các giấy phép cần thiết để tiến hành đầu tư ra nước ngoài (ví dụ, Chấp thuận chủ trương đầu tư ra nước ngoài, Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư ra nước ngoài, v.v.).

3. Thủ tục cấp phép đầu tư ra nước ngoài

Để tiến hành hoạt động đầu tư ra nước ngoài, nhà đầu tư, về cơ bản, cần thực hiện ba thủ tục như sau:

- Thủ tục xin cấp Quyết định chủ trương đầu tư ra nước ngoài của Quốc hội hoặc Thủ tướng Chính phủ (chỉ áp dụng đối với một số dự án có quy mô lớn, dự án cần cơ chế, chính sách đặc biệt hoặc dự án đầu tư trong một số lĩnh vực đặc thù);

- Thủ tục xin cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư ra nước ngoài tại Bộ Kế hoạch và Đầu tư;

---

1. Khoản 2 Điều 51 Luật đầu tư năm 2014.

- Thủ tục mở tài khoản vốn đầu tư ra nước ngoài và đăng ký giao dịch ngoại hối liên quan đến hoạt động đầu tư ra nước ngoài tại Ngân hàng Nhà nước.

Ngoài ra, đối với dự án đầu tư ra nước ngoài trong các lĩnh vực ngân hàng, chứng khoán, bảo hiểm, khoa học và công nghệ, nhà đầu tư còn phải thực hiện thủ tục xin chấp thuận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về việc đáp ứng điều kiện đầu tư ra nước ngoài theo quy định của Luật các tổ chức tín dụng năm 2010, Luật chứng khoán năm 2006, Luật khoa học và công nghệ năm 2013, Luật kinh doanh bảo hiểm năm 2000[1].

Trong trường hợp dự án đầu tư ra nước ngoài thuộc các trường hợp phải xin Quyết định chủ trương đầu tư từ Quốc hội hoặc Thủ tướng Chính phủ nêu trên, Bộ Kế hoạch và Đầu tư sẽ cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư ra nước ngoài cho nhà đầu tư trong thời hạn năm ngày làm việc kể từ ngày nhận được văn bản Quyết định chủ trương đầu tư[2].

Đối với các trường hợp không phải xin Quyết định chủ trương đầu tư, nhà đầu tư nộp hồ sơ xin cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư ra nước ngoài cho Bộ Kế hoạch và Đầu tư (cụ thể là Cục Đầu tư nước ngoài)[3].

Trước khi trực tiếp nộp hồ sơ tại Bộ Kế hoạch và Đầu tư, nhà đầu tư phải kê khai trực tuyến các thông tin về dự án đầu tư tại hệ thống thông tin quốc gia về đầu tư nước ngoài vào Việt Nam và đầu tư của Việt Nam ra nước ngoài, nhận mã khai hồ sơ trực tuyến[4]. Trong trường hợp hồ sơ không hợp lệ hoặc có nội dung cần phải làm rõ, Bộ Kế hoạch và Đầu tư thông báo bằng văn bản cho nhà đầu tư trong thời hạn năm ngày làm việc kể từ ngày nhận được hồ sơ để hoàn thiện hồ sơ[5]. Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư ra nước ngoài sẽ được cấp cho nhà đầu tư trong thời hạn

1. Điểm d khoản 2 Điều 59 Luật đầu tư năm 2014.
2. Khoản 1 Điều 59 Luật đầu tư năm 2014.
3. Khoản 2 Điều 59 Luật đầu tư năm 2014 và Điều 14 Nghị định số 83/2015/NĐ-CP.
4. Điều 18 Nghị định số 83/2015/NĐ-CP.
5. Khoản 3 Điều 15 Nghị định số 83/2015/NĐ-CP.

mười lăm ngày làm việc kể từ ngày Bộ Kế hoạch và Đầu tư nhận đủ hồ sơ hợp lệ[1].

4. Triển khai đầu tư trực tiếp ra nước ngoài

a) Vốn đầu tư trực tiếp ra nước ngoài:

Vốn đầu tư trực tiếp ra nước ngoài được thể hiện dưới các hình thức sau[2]:

- Ngoại tệ trên tài khoản tại tổ chức tín dụng được phép hoặc mua tại tổ chức tín dụng được phép hoặc ngoại hối từ nguồn vốn hợp pháp khác theo quy định của pháp luật;

- Đồng Việt Nam phù hợp với pháp luật về quản lý ngoại hối của Việt Nam;

- Máy móc, thiết bị, vật tư, nguyên liệu, nhiên liệu, hàng hóa thành phẩm, hàng hóa bán thành phẩm;

- Giá trị quyền sở hữu công nghiệp, bí quyết kỹ thuật, quy trình công nghệ, dịch vụ kỹ thuật, quyền sở hữu trí tuệ, thương hiệu;

- Các tài sản hợp pháp khác.

b) Mở tài khoản đầu tư trực tiếp ra nước ngoài[3]:

Sau khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư ra nước ngoài, nhà đầu tư phải mở một tài khoản vốn đầu tư ra nước ngoài bằng ngoại tệ tại một tổ chức tín dụng được phép hoạt động ngoại hối ở Việt Nam. Ngoài ra, nhà đầu tư còn phải đăng ký giao dịch ngoại hối liên quan đến hoạt động đầu tư ra nước ngoài với Ngân hàng Nhà nước, bao gồm việc đăng ký các thông tin về nhà đầu tư, vốn đầu tư, tài khoản vốn đầu tư và tiến độ chuyển vốn đầu tư bằng tiền ra nước ngoài[4].

---

1. Khoản 3 Điều 59 Luật đầu tư năm 2014.
2. Điều 4 Nghị định số 83/2015/NĐ-CP.
3. Điều 63 Luật đầu tư năm 2014; và Thông tư số 12/2016/TT-NHNN ngày 29 tháng 6 năm 2016 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam hướng dẫn về quản lý ngoại hối đối với hoạt động đầu tư ra nước ngoài (sau đây gọi tắt là Thông tư số 12/2016/TT-NHNN).
4. Khoản 4 Điều 3 và khoản 1 Điều 5 Thông tư số 12/2016/TT-NHNN.

Trường hợp chuyển vốn đầu tư ra nước ngoài bằng đồng Việt Nam, nhà đầu tư được mở và sử dụng đồng thời một tài khoản vốn đầu tư bằng đồng Việt Nam và một tài khoản vốn đầu tư bằng ngoại tệ. Trường hợp dự án đầu tư ở nước ngoài có sự tham gia của nhiều nhà đầu tư, mỗi nhà đầu tư phải mở tài khoản vốn đầu tư riêng biệt để chuyển vốn ra nước ngoài trong phạm vi tổng vốn đầu tư và tỷ lệ phần vốn góp theo Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư ra nước ngoài do cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam cấp.

Mọi giao dịch chuyển ngoại tệ từ Việt Nam ra nước ngoài và từ nước ngoài vào Việt Nam liên quan đến dự án đầu tư được thực hiện thông qua tài khoản vốn đầu tư này.

c) Chuyển vốn đầu tư ra nước ngoài:

Nhà đầu tư được chuyển vốn đầu tư ra nước ngoài để thực hiện hoạt động đầu tư sau khi đáp ứng các điều kiện sau[1]:

- Đã được cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư ra nước ngoài;

- Hoạt động đầu tư đã được cơ quan có thẩm quyền của nước tiếp nhận đầu tư chấp thuận hoặc cấp phép (hoặc phải có tài liệu chứng minh quyền hoạt động đầu tư tại nước tiếp nhận đầu tư);

- Có tài khoản vốn đầu tư ra nước ngoài mở tại một tổ chức tín dụng được phép tại Việt Nam và đã đăng ký giao dịch ngoại hối liên quan đến hoạt động đầu tư ra nước ngoài với Ngân hàng Nhà nước;

- Việc chuyển vốn đầu tư ra nước ngoài phải tuân thủ các quy định của pháp luật về quản lý ngoại hối, xuất khẩu, chuyển giao công nghệ.

d) Chuyển lợi nhuận về nước[2]:

Theo Luật đầu tư năm 2014, trong thời hạn sáu tháng kể từ ngày có báo cáo quyết toán thuế hoặc văn bản có giá trị pháp lý tương đương theo quy định của pháp luật nước tiếp nhận đầu tư, nhà đầu tư phải

1. Khoản 1 Điều 64 Luật đầu tư năm 2014.
2. Điều 65 Luật đầu tư năm 2014.

chuyển toàn bộ lợi nhuận thu được và các khoản thu nhập khác từ đầu tư ở nước ngoài về Việt Nam.

Nếu hết thời hạn này mà nhà đầu tư chưa chuyển lợi nhuận và các khoản thu nhập khác về Việt Nam, nhà đầu tư phải có văn bản báo cáo Bộ Kế hoạch và Đầu tư và Ngân hàng Nhà nước. Thời hạn chuyển lợi nhuận về nước được gia hạn không quá hai lần, mỗi lần không quá sáu tháng và phải được Bộ Kế hoạch và Đầu tư chấp thuận bằng văn bản.

đ) Dùng lợi nhuận để đầu tư ở nước ngoài[1]*:*

Nhà đầu tư sử dụng lợi nhuận thu được từ hoạt động đầu tư ở nước ngoài để tăng vốn, mở rộng hoạt động đầu tư ở nước ngoài phải thực hiện thủ tục điều chỉnh Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư ra nước ngoài và báo cáo Ngân hàng Nhà nước.

Trường hợp dùng lợi nhuận thu được từ dự án đầu tư ở nước ngoài để thực hiện dự án đầu tư khác ở nước ngoài thì nhà đầu tư phải thực hiện thủ tục cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư ra nước ngoài cho dự án đầu tư đó và phải mở tài khoản vốn và đăng ký tiến độ chuyển vốn đầu tư với Ngân hàng Nhà nước.

e) Nghĩa vụ tài chính:

Nhà đầu tư có trách nhiệm thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ tài chính phát sinh liên quan đến dự án đầu tư ra nước ngoài đối với Nhà nước Việt Nam theo quy định của pháp luật về thuế.

Việc miễn thuế xuất, nhập khẩu đối với phần vốn bằng hàng hóa, máy móc, thiết bị chuyển ra nước ngoài để thực hiện hoạt động đầu tư và chuyển từ nước ngoài về Việt Nam thực hiện theo quy định của pháp luật về thuế xuất, nhập khẩu.

g) Thông tin, báo cáo tình hình thực hiện dự án đầu tư:

Sau khi được cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư ra nước ngoài, nhà đầu tư sẽ được cấp tài khoản truy cập hệ thống thông tin quốc gia về đầu tư nước ngoài vào Việt Nam và đầu tư của Việt Nam ra nước ngoài

---

1. Điều 66 Luật đầu tư năm 2014.

để thực hiện chế độ báo cáo định kỳ (bằng văn bản và thông qua hệ thống thông tin quốc gia về đầu tư).

h) Thanh lý dự án đầu tư[1]*:*

Ngay sau khi kết thúc dự án đầu tư, nhà đầu tư phải thanh lý dự án đầu tư theo quy định của pháp luật quốc gia, vùng lãnh thổ tiếp nhận đầu tư.

Trong thời hạn sáu tháng, kể từ ngày có báo cáo quyết toán thuế hoặc văn bản có giá trị pháp lý tương đương theo quy định của pháp luật quốc gia, vùng lãnh thổ tiếp nhận đầu tư liên quan đến kết thúc việc thanh lý dự án đầu tư, nhà đầu tư phải chuyển về nước toàn bộ các khoản thu còn lại từ việc thanh lý dự án đầu tư.

Trường hợp có nhu cầu kéo dài thời hạn sáu tháng nêu trên, chậm nhất là trước ngày hết hạn nhà đầu tư phải có văn bản đề nghị và nêu rõ lý do gửi Bộ Kế hoạch và Đầu tư để xem xét, quyết định gia hạn thanh lý thêm một lần không quá sáu tháng.

1. Điều 24 Nghị định số 83/2015/NĐ-CP.

Chương 3
TƯ VẤN THÀNH LẬP DOANH NGHIỆP

Chương này trình bày một số vấn đề pháp lý cơ bản liên quan đến việc thành lập doanh nghiệp, bao gồm: Lựa chọn loại hình doanh nghiệp, thành lập doanh nghiệp, soạn thảo điều lệ và các văn bản nội bộ tại thời điểm thành lập doanh nghiệp.

Khung pháp lý điều chỉnh các vấn đề pháp lý trên chủ yếu được quy định tại: Luật doanh nghiệp năm 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành của Luật doanh nghiệp năm 2014 áp dụng chung cho mọi loại hình doanh nghiệp, Luật đầu tư năm 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành của Luật đầu tư năm 2014 áp dụng chung cho mọi loại hình đầu tư, luật chuyên ngành và các văn bản hướng dẫn thi hành điều chỉnh việc thành lập và hoạt động của một loại hình doanh nghiệp cụ thể (như Luật chứng khoán năm 2006 và các văn bản hướng dẫn thi hành áp dụng cho công ty đại chúng), và các điều ước quốc tế mà Việt Nam đã tham gia và ký kết, bao gồm các điều ước quốc tế đa phương (như các cam kết của Việt Nam khi tham gia WTO) và các điều ước quốc tế song phương (như Hiệp định thương mại Việt - Mỹ) điều chỉnh điều kiện và hình thức tham gia thị trường của các nhà đầu tư nước ngoài.

Các vấn đề pháp lý được trình bày ở chương này chủ yếu được phân tích theo quy định của Luật doanh nghiệp năm 2014, Luật đầu tư năm 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành các luật trên. Ở một số phần có liên quan, chương này cũng phân tích một số quy định của Luật chứng khoán năm 2006 và các văn bản hướng dẫn thi hành áp dụng cho công ty đại chúng. Chương này không phân tích các điều ước quốc tế mà Việt Nam đã tham gia và ký kết.

I. LỰA CHỌN LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP

Khi một tổ chức hoặc cá nhân quyết định thành lập doanh nghiệp thì việc trước tiên là cần lựa chọn một loại hình doanh nghiệp phù hợp với yêu cầu của mình và quy định của pháp luật. Luật doanh nghiệp năm 2014 quy định bốn loại hình doanh nghiệp là: Doanh nghiệp tư nhân, công ty hợp danh, công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần. Công ty cổ phần bao gồm cả công ty đại chúng và công ty đại chúng quy mô lớn (loại công ty cổ phần đã phát hành cổ phiếu ra công chúng hoặc niêm yết cổ phiếu hoặc có số lượng cổ đông và quy mô vốn lớn).

Có nhiều yếu tố có thể ảnh hưởng đến quyết định lựa chọn loại hình doanh nghiệp. Tổ chức hoặc cá nhân quyết định thành lập doanh nghiệp cần cân nhắc các yếu tố này để hiểu vì sao lại nên chọn loại hình doanh nghiệp này mà không phải là loại hình doanh nghiệp khác, từ đó, quyết định loại hình doanh nghiệp phù hợp. Tám yếu tố chủ yếu thường được cân nhắc bao gồm:

- Thủ tục và chi phí thành lập, vận hành doanh nghiệp;
- Tư cách pháp nhân và trách nhiệm của chủ sở hữu doanh nghiệp;
- Số lượng chủ sở hữu doanh nghiệp và tên doanh nghiệp;
- Cơ cấu tổ chức quản lý;
- Khả năng chuyển nhượng và bán doanh nghiệp;
- Khả năng huy động vốn;
- Nghĩa vụ công bố công khai thông tin liên quan đến hoạt động của doanh nghiệp;
- Thuế thu nhập doanh nghiệp.

1. Thủ tục, chi phí thành lập và vận hành doanh nghiệp

Khi bắt đầu lựa chọn loại hình doanh nghiệp, một trong những câu hỏi đầu tiên mà chủ sở hữu đặt ra là: Liệu thủ tục, chi phí thành lập và vận hành loại hình doanh nghiệp nào là đơn giản, đỡ tốn kém nhất? Trong phạm vi nguồn lực của chủ sở hữu và yêu cầu về phát triển doanh nghiệp trong tương lai, đâu là loại hình doanh nghiệp phù hợp nhất mà không tốn thời gian, chi phí để thành lập, vận hành.

Không tính đến yếu tố nguồn vốn trong nước hay nước ngoài và chỉ xét về loại hình doanh nghiệp, hồ sơ xin thành lập và thủ tục thành lập các loại hình doanh nghiệp như doanh nghiệp tư nhân, công ty hợp danh, công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần không có sự khác biệt đáng kể. Chủ sở hữu doanh nghiệp tư nhân chỉ cần gửi hồ sơ đăng ký thành lập doanh nghiệp cho cơ quan đăng ký kinh doanh để xin Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Đối với công ty hợp danh, công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần thì trong hồ sơ đăng ký cần phải có thêm dự thảo Điều lệ công ty. Do vậy, không có sự khác biệt đáng kể về chi phí và thời gian để thành lập doanh nghiệp tư nhân, công ty hợp danh, công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần. Tuy nhiên, thủ tục thành lập doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài dưới hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần tương đối phức tạp hơn so với thành lập doanh nghiệp trong nước cùng hình thức, do vậy cũng tốn kém hơn. Việc chuyển đổi công ty cổ phần thành công ty đại chúng phức tạp và tốn chi phí hơn so với thành lập các loại hình doanh nghiệp khác vì điều lệ công ty đại chúng tương đối phức tạp, phải tuân thủ các quy định riêng của pháp luật về chứng khoán và phải có thủ tục đăng ký công ty đại chúng với Ủy ban Chứng khoán nhà nước.

Chi phí quản lý doanh nghiệp, về cơ bản, phụ thuộc vào cơ cấu tổ chức quản lý của từng loại hình. Một cách tương đối, có thể sắp xếp theo thứ tự như sau:

- Doanh nghiệp tư nhân có cơ cấu tổ chức quản lý đơn giản nhất và chủ doanh nghiệp có thể tự mình quản lý doanh nghiệp tư nhân. Do vậy, chi phí quản lý doanh nghiệp tư nhân ít tốn kém nhất;

- Công ty hợp danh và công ty trách nhiệm hữu hạn có cơ cấu tổ chức quản lý phức tạp hơn doanh nghiệp tư nhân, về cơ bản bao gồm Hội đồng thành viên với công ty hợp danh và Hội đồng thành viên, Ban kiểm soát với công ty trách nhiệm hữu hạn, nên tốn kém chi phí quản lý hơn so với doanh nghiệp tư nhân;

- Công ty cổ phần có cơ cấu tổ chức phức tạp nhất, về cơ bản, bao gồm Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát nên

tốn kém chi phí quản lý hơn so với các loại hình doanh nghiệp kể trên. Chi phí tổ chức cuộc họp Đại hội đồng cổ đông, kể cả việc gửi thông báo mời họp và thuê địa điểm tổ chức họp, là một trong những chi phí quản lý khá tốn kém của công ty cổ phần;

- Đặc biệt, công ty cổ phần là công ty đại chúng có chi phí quản lý tốn kém nhất. So với công ty cổ phần không phải là công ty đại chúng, công ty đại chúng có thể có các chi phí phát sinh thêm liên quan đến: Chuẩn bị báo cáo tài chính hằng tháng, hằng quý và hằng năm và báo cáo tài chính hợp nhất trong trường hợp công ty đại chúng là công ty mẹ; thực hiện nghĩa vụ công bố thông tin thường xuyên và bất thường theo quy định của pháp luật về công ty đại chúng và thị trường chứng khoán; tuân thủ các quy định về quản trị nội bộ áp dụng riêng cho công ty đại chúng và các quy định về niêm yết áp dụng riêng cho công ty niêm yết.

2. Tư cách pháp nhân và trách nhiệm của chủ sở hữu doanh nghiệp

Vấn đề quan trọng cần cân nhắc tiếp theo liên quan đến việc doanh nghiệp có tư cách pháp nhân hay không và chủ sở hữu chịu trách nhiệm hữu hạn hay vô hạn đối với các nghĩa vụ nợ của doanh nghiệp.

Doanh nghiệp có thể có nghĩa vụ nợ rất lớn, đặc biệt là khi doanh nghiệp phát triển và huy động vốn dưới hình thức phát hành trái phiếu, các chứng khoán nợ khác hay vay ngân hàng. Nợ vay dưới hình thức phát hành chứng khoán nợ và vay ngân hàng có thể lớn gấp nhiều lần vốn chủ sở hữu. Nghĩa vụ nợ của doanh nghiệp cũng có thể phát sinh liên quan đến trách nhiệm của doanh nghiệp đối với người tiêu dùng. Ví dụ, một doanh nghiệp sản xuất và bán thức ăn, đồ uống và vật dụng gia đình có thể có trách nhiệm pháp lý đáng kể với người tiêu dùng sản phẩm của mình khi sản phẩm gây ảnh hưởng đến sức khỏe người tiêu dùng.

Trong những trường hợp trên, chủ sở hữu nên cân nhắc thành lập một doanh nghiệp có tư cách pháp nhân để chủ sở hữu chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn trong phạm vi số vốn đã góp hoặc cam kết góp vào

doanh nghiệp. Nói cách khác, nếu chủ sở hữu đã góp đủ vốn theo cam kết thì chủ sở hữu không còn bất kỳ trách nhiệm gì đối với các nghĩa vụ nợ của doanh nghiệp, với chủ nợ, người tiêu dùng hoặc bất kỳ bên thứ ba nào khác.

Đứng từ góc độ giới hạn trách nhiệm của chủ sở hữu đối với nghĩa vụ nợ của doanh nghiệp với chủ nợ, người tiêu dùng và bên thứ ba, hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần ưu việt hơn so với doanh nghiệp tư nhân và công ty hợp danh. Doanh nghiệp tư nhân không được coi là pháp nhân và chủ doanh nghiệp phải chịu trách nhiệm vô hạn đối với các nghĩa vụ nợ của doanh nghiệp bằng toàn bộ tài sản của mình. Công ty hợp danh mặc dù có tư cách pháp nhân nhưng thành viên hợp danh cũng có trách nhiệm vô hạn đối với các nghĩa vụ nợ của công ty. Trong khi đó, thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn và cổ đông công ty cổ phần chỉ có trách nhiệm hữu hạn. Theo đó, lý do cơ bản khiến số lượng doanh nghiệp tư nhân ở Việt Nam rất hạn chế là vì cá nhân có thể lựa chọn công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên để chỉ phải chịu trách nhiệm hữu hạn mà vẫn có quyền kiểm soát hoàn toàn đối với công ty. Cũng tương tự như vậy, công ty hợp danh cũng rất hiếm ở Việt Nam, trừ một số loại hình kinh doanh mà bắt buộc phải thành lập dưới hình thức công ty hợp danh trong một số trường hợp.

3. Số lượng chủ sở hữu và tên doanh nghiệp

Số lượng chủ sở hữu là một yếu tố quan trọng trong các yếu tố cần cân nhắc. Nhiều chủ sở hữu chỉ muốn thành lập và quản lý doanh nghiệp một mình và không muốn có sự tham gia của các chủ sở hữu khác. Khi doanh nghiệp phát triển và cần nhiều chủ sở hữu góp vốn, thì việc doanh nghiệp có nhiều chủ sở hữu là không thể tránh khỏi. Chủ sở hữu đôi khi cũng muốn tên doanh nghiệp phản ánh tên riêng của mình.

Đứng từ khía cạnh này, nếu chủ sở hữu chỉ muốn quản lý doanh nghiệp một mình hoặc muốn giữ tên doanh nghiệp giống tên mình thì

hình thức phù hợp nhất là doanh nghiệp tư nhân, công ty hợp danh hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Doanh nghiệp tư nhân và công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có một chủ sở hữu. Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có số lượng chủ sở hữu tối thiểu là hai và tối đa là năm mươi. Công ty hợp danh có số lượng chủ sở hữu tối thiểu là hai thành viên hợp danh và không hạn chế về số lượng thành viên tối đa. Nếu chọn hình thức công ty cổ phần thì phải có ít nhất ba cổ đông và không hạn chế số lượng cổ đông tối đa. Công ty đại chúng và công ty đại chúng quy mô lớn thường có trên một trăm cổ đông, không có giới hạn số cổ đông nên có thể lên tới hàng trăm hoặc hàng nghìn cổ đông. Nếu các chủ sở hữu doanh nghiệp muốn hạn chế số lượng hoặc giới hạn ở những cá nhân hoặc tổ chức mà họ biết để dễ kiểm soát doanh nghiệp thì hình thức công ty cổ phần, đặc biệt là công ty đại chúng và công ty đại chúng quy mô lớn là không phù hợp.

Không có hạn chế theo luật ở bất kỳ loại hình doanh nghiệp nào về quan hệ giữa tên doanh nghiệp và chủ doanh nghiệp. Trên thực tế, việc đặt tên doanh nghiệp theo tên chủ sở hữu doanh nghiệp cho doanh nghiệp tư nhân và công ty hợp danh thông dụng hơn công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần và công ty đại chúng. Hầu như không có công ty đại chúng nào có tên doanh nghiệp đặt theo tên cổ đông sáng lập hoặc cổ đông kiểm soát công ty. Thông thường, trong một doanh nghiệp có nhiều chủ sở hữu thì các chủ sở hữu muốn tên doanh nghiệp có tính chất đại diện hoặc biểu trưng cho ngành nghề, sản phẩm hoặc dịch vụ của doanh nghiệp hơn là thể hiện tên của một hoặc một số thành viên hoặc cổ đông.

4. Cơ cấu tổ chức quản lý

Loại hình doanh nghiệp quyết định đến việc quản lý hoạt động của doanh nghiệp và khả năng tách biệt giữa quyền sở hữu và quyền quản lý doanh nghiệp. Đứng từ góc độ của chủ sở hữu, càng có sự tách biệt giữa quyền sở hữu và quyền quản lý doanh nghiệp thì chủ sở hữu càng mất quyền kiểm soát đối với doanh nghiệp. Khi doanh nghiệp càng có

nhiều chủ sở hữu thì càng có cơ cấu quản lý phức tạp và sự tách biệt giữa quyền sở hữu, quyền quản lý càng rõ nét hơn. Trong trường hợp chủ sở hữu không muốn từ bỏ quyền quản lý doanh nghiệp, hình thức doanh nghiệp tư nhân, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên và công ty hợp danh là loại hình doanh nghiệp phù hợp nhất. Nếu đây không phải là vấn đề quan trọng, các hình thức khác như công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên hoặc công ty cổ phần có thể được sử dụng.

Khi chọn hình thức doanh nghiệp tư nhân hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, chủ sở hữu toàn quyền quyết định mọi vấn đề trong quản lý hoạt động doanh nghiệp. Trong trường hợp này, chủ sở hữu cũng đồng thời là người quản lý doanh nghiệp.

Công ty hợp danh và công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có thể có nhiều thành viên và phải có Hội đồng thành viên. Cơ cấu quản lý của công ty hợp danh tương đối đơn giản và thành viên hợp danh tham gia trực tiếp vào việc quản lý công ty. Do đó, chưa có sự tách biệt rõ ràng giữa vai trò của thành viên hợp danh với tư cách là chủ sở hữu và với tư cách là người quản lý công ty. Trong một chừng mực nhất định, điều này cũng đúng đối với thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, đặc biệt là khi công ty có ít hơn mười một thành viên. Khi công ty có từ mười một thành viên trở lên, bắt buộc phải có Ban kiểm soát. Khi đó bắt đầu có sự kiểm soát hoạt động quản lý công ty và về lý thuyết, bắt đầu có sự phân biệt rõ ràng hơn về chức năng sở hữu và quản lý của thành viên.

Công ty cổ phần có nhiều chủ sở hữu hơn và có các cơ quan quản lý để chia sẻ, kiểm soát quyền quản lý công ty. Do đó, công ty cổ phần có cơ cấu quản lý phức tạp nhất trong các loại hình doanh nghiệp, bao gồm Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát và các người quản lý. Trong trường hợp công ty cổ phần không theo mô hình có Ban kiểm soát thì hoạt động của Hội đồng quản trị sẽ được giám sát bởi thành viên Hội đồng quản trị độc lập và Ban kiểm toán nội bộ. Trong công ty cổ phần có sự tách biệt rõ ràng giữa quyền sở hữu và quyền quản lý công ty. Đặc điểm này không có trong các loại hình

doanh nghiệp khác như doanh nghiệp tư nhân, công ty hợp danh và công ty trách nhiệm hữu hạn. Sự tách biệt giữa quyền sở hữu và quyền quản lý được thể hiện rõ nét hơn trong công ty đại chúng. Pháp luật quy định chặt chẽ hơn về thành viên Hội đồng quản trị độc lập và không điều hành cũng như về tính độc lập của thành viên Ban kiểm soát trong công ty đại chúng.

5. Khả năng chuyển nhượng và bán doanh nghiệp

Trong quá trình hoạt động, chủ sở hữu có thể muốn chuyển nhượng phần vốn góp hoặc bán doanh nghiệp (thông qua việc chuyển nhượng toàn bộ phần vốn góp). Khả năng chuyển nhượng là một yếu tố quan trọng cần cân nhắc vì thông thường, chủ sở hữu muốn tự do chuyển nhượng phần vốn của mình mà không cần thông báo hay xin chấp thuận của người khác. Đứng từ góc độ này, công ty cổ phần là hình thức phù hợp nhất để tạo điều kiện cho việc chuyển nhượng và bán doanh nghiệp. Cổ đông không phải là cổ đông sáng lập có quyền tự do chuyển nhượng cổ phần và khi công ty cổ phần niêm yết thì việc chuyển nhượng cổ phần của công ty niêm yết sẽ dễ dàng hơn rất nhiều.

Chủ doanh nghiệp tư nhân không được chuyển nhượng phần vốn góp cho người khác, tuy nhiên, chủ doanh nghiệp tư nhân có thể bán doanh nghiệp cho người khác và vẫn phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác mà doanh nghiệp tư nhân chưa thực hiện, trừ trường hợp người mua, người bán và chủ nợ có thỏa thuận khác.

Đối với công ty hợp danh, công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần, có các hạn chế nhất định đối với việc chuyển nhượng phần vốn góp. Trong công ty hợp danh, thành viên hợp danh chỉ được phép chuyển nhượng phần vốn góp nếu được sự đồng ý của các thành viên hợp danh khác. Trong công ty trách nhiệm hữu hạn, thành viên chỉ được phép chuyển nhượng phần vốn góp của mình cho bên thứ ba sau khi đã chào bán phần vốn đó cho các thành viên còn lại theo tỷ lệ tương ứng với phần vốn góp của họ với cùng điều kiện. Đối với công ty cổ phần (kể cả công ty đại chúng), các cổ đông phổ thông được tự do chuyển nhượng cổ phần của mình. Tuy nhiên, các cổ đông sáng lập

bị hạn chế chuyển nhượng cổ phần phổ thông đăng ký ban đầu cho bên thứ ba trong vòng ba năm kể từ khi thành lập công ty, trừ khi có sự chấp thuận của Đại hội đồng cổ đông. Việc chuyển nhượng cổ phần của công ty niêm yết trên thị trường chứng khoán thường dễ dàng hơn tất cả các loại hình doanh nghiệp khác nhưng phải tuân thủ biên độ dao động giá và các quy định của Sở giao dịch chứng khoán nơi cổ phần được niêm yết.

Việc chuyển nhượng một phần phần vốn góp và cổ phần trong công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần không ảnh hưởng đến tình hình hoạt động của công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần, do đó, các công ty vẫn tiếp tục hoạt động bình thường sau khi chuyển nhượng. Việc bán doanh nghiệp tư nhân hoặc chuyển nhượng phần vốn góp của thành viên hợp danh trong công ty hợp danh thường dẫn đến việc đổi tên doanh nghiệp.

6. Khả năng huy động vốn

Doanh nghiệp không thể chỉ dựa duy nhất vào nguồn vốn góp của chủ sở hữu để phát triển hoạt động kinh doanh. Đến một giai đoạn phát triển nhất định, doanh nghiệp cần huy động các nguồn vốn khác, chủ yếu thông qua việc phát hành chứng khoán hoặc vay ngân hàng. Không có hạn chế theo luật với khả năng vay vốn ngân hàng đối với mọi loại hình doanh nghiệp, miễn là doanh nghiệp đáp ứng yêu cầu cho vay của ngân hàng và mục đích sử dụng khoản vay không thuộc trường hợp nhu cầu vốn không được cho vay theo quy định tại Điều 8 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN ngày 30-12-2016 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam quy định về hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài đối với khách hàng (sau đây gọi tắt là Thông tư số 39/2016/TT-NHNN). Tuy nhiên, không phải loại hình doanh nghiệp nào cũng được phép phát hành chứng khoán. Do vậy, khả năng doanh nghiệp có thể phát hành chứng khoán là một cân nhắc quan trọng của chủ sở hữu trong việc quyết định loại hình doanh nghiệp. Hai loại chứng khoán chủ yếu thường được sử dụng trong việc huy động vốn là cổ phiếu và trái phiếu.

Doanh nghiệp tư nhân và công ty hợp danh không được phép phát hành chứng khoán. Công ty trách nhiệm hữu hạn chỉ được phép phát hành trái phiếu thường (không thể chuyển đổi thành phần vốn góp) bởi hiện nay không có cơ sở pháp lý rõ ràng cho phép việc phát hành trái phiếu chuyển đổi hoặc bất kỳ loại chứng khoán nào khác của công ty trách nhiệm hữu hạn. Công ty cổ phần được phép phát hành cổ phiếu, trái phiếu và bất kỳ loại chứng khoán nào khác. Do vậy, so với công ty cổ phần, khả năng huy động vốn của các loại hình doanh nghiệp khác bị hạn chế hơn nhiều. Nói cách khác, công ty cổ phần có nhiều sự lựa chọn nhất trong việc huy động vốn.

7. Nghĩa vụ công bố công khai thông tin liên quan đến hoạt động của doanh nghiệp

Một vấn đề mà chủ sở hữu quan tâm là việc bảo mật thông tin cá nhân và thông tin doanh nghiệp. Khi doanh nghiệp và chủ sở hữu không có nghĩa vụ công bố thông tin ra công chúng thì tính bảo mật được duy trì. Tuy nhiên, khi doanh nghiệp và cổ đông bắt đầu có nghĩa vụ công bố thông tin ra công chúng thì chủ sở hữu phải chấp nhận thực tế là công chúng có thể biết các thông tin nhạy cảm liên quan đến doanh nghiệp và chủ sở hữu. Công ty cổ phần có một số nghĩa vụ công bố thông tin cao hơn doanh nghiệp tư nhân, công ty hợp danh và công ty trách nhiệm hữu hạn. Nếu công ty cổ phần có trang thông tin điện tử (website) thì phải công bố trên trang thông tin điện tử một số thông tin bắt buộc, bao gồm: Điều lệ công ty; Thông tin về thành viên Hội đồng quản trị, Kiểm soát viên và (Tổng) Giám đốc; Báo cáo tài chính hằng năm; Báo cáo đánh giá kết quả hoạt động hằng năm của Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát. Tuy nhiên, các doanh nghiệp nhìn chung không có nghĩa vụ hoặc có nghĩa vụ hạn chế công bố thông tin liên quan đến hoạt động của mình. Do vậy, thông tin của doanh nghiệp phần lớn được giữ bí mật giữa các chủ sở hữu doanh nghiệp.

Nghĩa vụ công bố thông tin, về cơ bản, có sự khác biệt giữa công ty đại chúng và công ty không phải là công ty đại chúng. Doanh nghiệp tư nhân, công ty hợp danh, công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần

không phải là công ty đại chúng chỉ có nghĩa vụ nộp một số báo cáo về tài chính, tình hình sử dụng lao động hoặc tiến độ thực hiện dự án cho cơ quan cấp phép, quản lý lao động, thuế và thống kê địa phương.

Trong khi đó, công ty đại chúng có nghĩa vụ đáng kể trong công bố thông tin cho công chúng, bao gồm công bố thông tin định kỳ, công bố thông tin bất thường và công bố thông tin theo yêu cầu của Ủy ban Chứng khoán nhà nước hoặc Sở giao dịch chứng khoán (đối với công ty đại chúng là công ty niêm yết). Cổ đông của công ty đại chúng là cổ đông lớn, cổ đông nội bộ và cổ đông sáng lập có nghĩa vụ công bố thông tin đáng kể liên quan đến giao dịch cổ phiếu của họ. Do vậy, thông tin của công ty đại chúng và cổ đông của công ty đại chúng không được giữ bí mật giữa các cổ đông.

8. Thuế thu nhập doanh nghiệp

Thuế thu nhập doanh nghiệp ảnh hưởng đến lợi nhuận có thể được chia cho các chủ sở hữu. Tuy nhiên, tại thời điểm hiện nay, tất cả mọi loại hình doanh nghiệp đều chịu một mức thuế suất chung về thuế thu nhập doanh nghiệp áp dụng với lợi nhuận của doanh nghiệp (trừ trường hợp các doanh nghiệp được hưởng ưu đãi về thuế suất khi hoạt động trong ngành nghề được ưu đãi đầu tư kinh doanh). Đứng từ góc độ thuế thu nhập doanh nghiệp, các loại hình doanh nghiệp khác nhau tại thời điểm hiện nay không tạo ra sự khác nhau đối với nghĩa vụ thuế của doanh nghiệp. Do vậy, việc lựa chọn loại hình doanh nghiệp không quan trọng trong việc hạn chế ảnh hưởng của thuế thu nhập doanh nghiệp đối với lợi nhuận của doanh nghiệp.

Ngoài thuế thu nhập doanh nghiệp còn có hai loại thuế có thể ảnh hưởng đến thu nhập của chủ sở hữu là: Thuế áp dụng cho chủ sở hữu liên quan đến khoản lợi nhuận hoặc cổ tức được phân chia và thuế áp dụng cho việc chuyển nhượng phần vốn góp hoặc cổ phần. Về cơ bản, thuế áp dụng cho chủ sở hữu liên quan đến khoản lợi nhuận hoặc cổ tức được phân chia khác nhau giữa chủ sở hữu là tổ chức và cá nhân. Chủ sở hữu là tổ chức không phải chịu thuế thu nhập doanh nghiệp đối với khoản lợi nhuận hoặc cổ tức được phân chia vì lợi nhuận được chia cho

chủ sở hữu là lợi nhuận sau thuế và thuế thu nhập doanh nghiệp không áp dụng hai lần ở cả tầng công ty và tầng thành viên hoặc cổ đông; trong khi đó, chủ sở hữu là cá nhân phải chịu thuế thu nhập cá nhân đối với khoản lợi nhuận hoặc cổ tức được phân chia. Thuế áp dụng cho việc chuyển nhượng phần vốn góp hoặc cổ phần có sự khác nhau phụ thuộc vào loại hình doanh nghiệp, loại tài sản được chuyển nhượng và loại thu nhập phát sinh (là tiền hay hiện vật). Đây là một vấn đề phức tạp và vẫn còn đang phát triển trong luật thuế Việt Nam.

Những điểm cần lưu ý:

Khi có yêu cầu tư vấn về thành lập doanh nghiệp, Luật sư cần chú ý những điểm sau:

- Luật sư cần hướng dẫn để khách hàng là tổ chức hoặc cá nhân quyết định thành lập doanh nghiệp biết về các loại hình doanh nghiệp được phép theo quy định của Luật doanh nghiệp năm 2014 và tám yếu tố chính cần xem xét khi lựa chọn loại hình doanh nghiệp (như đã phân tích ở trên). Nếu khách hàng có yêu cầu thì Luật sư cũng cần xem xét các yếu tố khác để tư vấn cho khách hàng một cách phù hợp.

- Do mục đích thành lập và kế hoạch phát triển cũng như các nguồn lực của chủ sở hữu có thể thay đổi theo thời gian, nên hình thức tổ chức kinh doanh và doanh nghiệp cũng có thể thay đổi theo. Mô hình kinh doanh của doanh nghiệp tại Việt Nam thường bắt đầu từ công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên sau đó phát triển thành công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên hoặc công ty cổ phần và cuối cùng là công ty đại chúng. Mô hình doanh nghiệp tư nhân hoặc công ty hợp danh ngày càng trở nên hiếm được sử dụng ở Việt Nam.

- Tại thời điểm kinh doanh ban đầu, khi mô hình kinh doanh còn nhỏ, cần tiết kiệm chi phí và chủ sở hữu có nhu cầu quản lý hoàn toàn công việc kinh doanh của doanh nghiệp thì chủ sở hữu có thể thành lập doanh nghiệp tư nhân hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Do doanh nghiệp tư nhân không có tư cách

pháp nhân và chủ sở hữu có trách nhiệm vô hạn, công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên rõ ràng là sự lựa chọn tốt hơn và đây cũng là thực tiễn trên thị trường. Cũng tương tự như vậy, thành viên hợp danh có trách nhiệm vô hạn và công ty hợp danh cũng không phải là sự lựa chọn thông dụng trên thị trường, trừ trường hợp hoạt động kinh doanh có liên quan bắt buộc phải thành lập theo hình thức công ty hợp danh.

- Khi doanh nghiệp phát triển và cần mở rộng hoạt động kinh doanh, chủ sở hữu doanh nghiệp tư nhân hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên có thể mời một số ít tổ chức hoặc cá nhân khác thân quen với mình để góp thêm vốn vào công ty và tiếp thu kinh nghiệm kinh doanh từ các tổ chức hoặc cá nhân mới góp vốn này. Tuy vậy, quyền quản lý công ty vẫn cần được bảo đảm nằm trong một nhóm ít các thành viên. Trong trường hợp này, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên là loại hình doanh nghiệp phù hợp. Khi công ty ngày càng phát triển và có nhu cầu huy động vốn thông qua việc phát hành chứng khoán thì công ty trách nhiệm hữu hạn có thể được chuyển đổi thành công ty cổ phần để đáp ứng nhu cầu trên. Công ty đại chúng (kể cả công ty đại chúng quy mô lớn) là bước phát triển cuối cùng của doanh nghiệp khi đã phát triển tới một quy mô nhất định.

Bảng 1 Phụ lục so sánh giữa công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần không phải là công ty đại chúng và công ty đại chúng dưới góc độ các yếu tố quyết định loại hình doanh nghiệp trình bày ở trên.

II. THÀNH LẬP DOANH NGHIỆP

Sau khi đã lựa chọn được một hình thức doanh nghiệp phù hợp với yêu cầu của mình và xin được chấp thuận cần thiết cho hoạt động đầu tư kinh doanh từ cơ quan quản lý nhà nước nếu pháp luật có yêu cầu, chủ sở hữu là tổ chức hoặc cá nhân có thể đăng ký thành lập doanh nghiệp với cơ quan đăng ký kinh doanh. Tuy nhiên, không phải tổ chức và

cá nhân nào cũng đều có quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp bởi Luật doanh nghiệp năm 2014 có quy định cấm một số đối tượng thành lập và quản lý doanh nghiệp. Luật doanh nghiệp năm 2014 cũng quy định khi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp đã đạt tới một quy mô hoạt động nhất định về sử dụng lao động, số lượng thành viên hoặc cổ đông và vốn thì chủ sở hữu có nghĩa vụ thành lập doanh nghiệp hoặc phải chuyển đổi doanh nghiệp từ hình thức doanh nghiệp này sang hình thức doanh nghiệp khác.

Khi quyết định thành lập doanh nghiệp và lựa chọn được loại hình doanh nghiệp phù hợp, chủ sở hữu được quyền lựa chọn tên doanh nghiệp theo mong muốn, nhưng phải tuân thủ một số các yêu cầu cụ thể đối với tên doanh nghiệp được quy định tại Luật doanh nghiệp năm 2014. Chủ sở hữu cũng cần tuân thủ các quy định về trình tự và thủ tục nộp hồ sơ đăng ký thành lập doanh nghiệp với cơ quan đăng ký kinh doanh. Trình tự và thủ tục đăng ký thành lập doanh nghiệp sẽ khác nhau tùy thuộc vào chủ sở hữu là nhà đầu tư nước ngoài hay nhà đầu tư trong nước.

1. Quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp

Về cơ bản, các tổ chức và cá nhân không được thành lập doanh nghiệp theo Luật doanh nghiệp năm 2014 bao gồm: Tổ chức không có tư cách pháp nhân; Cơ quan nhà nước và đơn vị lực lượng vũ trang; Cán bộ, công chức hoặc viên chức nhà nước và cán bộ đơn vị lực lượng vũ trang; Người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự; Người đang chấp hành hình phạt tù hoặc bị Tòa án cấm hoạt động kinh doanh; Người bị cấm tham gia thành lập hoặc quản lý doanh nghiệp theo quy định của pháp luật về phá sản và pháp luật về phòng chống tham nhũng. Các đối tượng này được liệt kê cụ thể tại Bảng 2 Phụ lục.

Một điểm quan trọng cần lưu ý là theo quy định của Luật doanh nghiệp năm 2014, tổ chức Việt Nam và nước ngoài không có tư cách pháp nhân thì không được phép thành lập và quản lý doanh nghiệp. Việc áp dụng hạn chế trên thực tế có nghĩa là: Các tổ chức thành lập tại

Việt Nam nhưng không có tư cách pháp nhân theo quy định của pháp luật Việt Nam như doanh nghiệp tư nhân, hộ kinh doanh, quỹ đầu tư chứng khoán và quỹ đầu tư bất động sản; Các tổ chức được thành lập tại nước ngoài và không có tư cách pháp nhân (ví dụ như một số quỹ đầu tư nước ngoài) không được quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp tại Việt Nam.

2. Nghĩa vụ thành lập hoặc chuyển đổi doanh nghiệp

Lựa chọn hình thức kinh doanh ban đầu phụ thuộc hoàn toàn vào quyền quyết định của chủ sở hữu. Tuy nhiên, khi có một số yếu tố phát sinh liên quan đến quy mô hoạt động kinh doanh, chủ sở hữu buộc phải thành lập doanh nghiệp hoặc phải chuyển đổi doanh nghiệp từ hình thức doanh nghiệp này sang hình thức doanh nghiệp khác. Ngoài các yếu tố khác, quy mô hoạt động kinh doanh có thể liên quan đến: Quy mô sử dụng lao động; Số lượng thành viên hoặc cổ đông; Hoặc hình thức huy động vốn, khả năng chuyển nhượng vốn và quy mô vốn.

Một ví dụ về nghĩa vụ thành lập doanh nghiệp liên quan đến quy mô sử dụng lao động là trường hợp hộ kinh doanh sử dụng thường xuyên từ mười lao động trở lên. Hộ kinh doanh do một cá nhân là công dân Việt Nam hoặc một nhóm người hay một hộ gia đình làm chủ. Ngoài các đặc điểm khác, hộ kinh doanh chỉ được phép sử dụng thường xuyên dưới mười lao động. Khi sử dụng thường xuyên từ mười lao động trở lên thì chủ hộ kinh doanh phải đăng ký thành lập doanh nghiệp[1]. Do vậy, việc sử dụng thường xuyên từ mười lao động trở lên là cơ sở để phát sinh nghĩa vụ thành lập doanh nghiệp như doanh nghiệp tư nhân hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Ngoài ra, hộ kinh doanh cũng có thể đăng ký dưới hình thức công ty hợp danh, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên hoặc công ty cổ phần phụ thuộc vào số lượng chủ sở hữu tại thời điểm đăng ký thành lập doanh nghiệp.

Nghĩa vụ chuyển đổi từ một hình thức doanh nghiệp này sang một hình thức doanh nghiệp khác chủ yếu dựa trên số lượng thành viên hoặc

1. Khoản 2 Điều 212 Luật doanh nghiệp năm 2014.

cổ đông. Luật doanh nghiệp năm 2014 quy định số lượng thành viên góp vốn hoặc số lượng cổ đông tối thiểu hoặc tối đa cho một số hình thức doanh nghiệp. Do vậy, khi số lượng thành viên góp vốn hoặc cổ đông vượt quá số lượng tối thiểu hoặc tối đa thì sẽ làm phát sinh nghĩa vụ chuyển đổi hình thức doanh nghiệp. Doanh nghiệp tư nhân chỉ có một thành viên cá nhân là chủ doanh nghiệp. Nếu doanh nghiệp tư nhân có hơn một thành viên thì phát sinh nghĩa vụ chuyển đổi thành công ty hợp danh hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên. Nếu có trên ba thành viên thì có thể chuyển đổi thành công ty cổ phần. Cũng tương tự như vậy, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên chỉ có thể có tối thiểu hai và có tối đa là năm mươi thành viên góp vốn. Một công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên có hơn năm mươi thành viên góp vốn thì cần được thành lập dưới hình thức hoặc chuyển đổi thành công ty hợp danh hoặc công ty cổ phần. Một công ty cổ phần có từ một trăm cổ đông trở lên và có vốn điều lệ đã góp từ 10 tỷ đồng Việt Nam trở lên cần được đăng ký công ty đại chúng.

Hình thức huy động, khả năng chuyển nhượng vốn và quy mô vốn cũng là các yếu tố có liên quan. Một công ty cổ phần đã huy động vốn dưới hình thức chào bán cổ phần ra công chúng hoặc tăng khả năng chuyển nhượng vốn thông qua việc niêm yết cổ phần phải được đăng ký công ty đại chúng. Một công ty đại chúng có số vốn điều lệ thực góp từ một trăm hai mươi tỷ đồng trở lên là công ty đại chúng quy mô lớn.

Có sự khác biệt nhất định giữa nghĩa vụ đăng ký thành lập doanh nghiệp và nghĩa vụ đăng ký ngành nghề kinh doanh mặc dù sự khác biệt này không được quy định rõ ràng trong Luật doanh nghiệp năm 2014 và đôi khi mờ nhạt. Tại thời điểm thành lập doanh nghiệp, nghĩa vụ đăng ký thành lập doanh nghiệp và nghĩa vụ đăng ký ngành nghề kinh doanh là một và không có sự phân biệt giữa hai nghĩa vụ đó. Trong hồ sơ đăng ký thành lập doanh nghiệp, chủ sở hữu phải đăng ký ngành nghề kinh doanh đối với các hoạt động kinh doanh. Sau khi doanh nghiệp được thành lập, ngoài hoạt động kinh doanh đã đăng ký tại thời điểm thành lập, doanh nghiệp thực hiện thêm một số hoạt động kinh doanh mới.

Trong trường hợp này, doanh nghiệp cần thông báo thay đổi ngành nghề kinh doanh đối với các hoạt động kinh doanh mới này với cơ quan đăng ký kinh doanh. Nếu hoạt động kinh doanh mới này liên quan đến ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện, doanh nghiệp cần xin giấy phép kinh doanh từ cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong lĩnh vực đó trước khi thực hiện hoạt động kinh doanh mới này trên thực tế. Tại thời điểm này, nghĩa vụ đăng ký ngành nghề kinh doanh phát sinh mặc dù doanh nghiệp không có nghĩa vụ đăng ký thành lập doanh nghiệp mới để thực hiện hoạt động kinh doanh mới này.

3. Tên doanh nghiệp

Khi đăng ký thành lập doanh nghiệp, chủ doanh nghiệp, thành viên hoặc cổ đông sáng lập cần nêu tên doanh nghiệp trong đơn đề nghị gửi cơ quan đăng ký kinh doanh. Tên của doanh nghiệp phải bao gồm hai thành phần: Tiền tố thể hiện loại hình doanh nghiệp (ví dụ, "doanh nghiệp tư nhân" (hoặc viết tắt là "DNTN" hoặc "doanh nghiệp TN"), "công ty hợp danh" (hoặc viết tắt là "công ty HD"), "công ty trách nhiệm hữu hạn" (hoặc viết tắt là "CTTNHH"), "công ty cổ phần" (hoặc viết tắt là "công ty CP") và hậu tố là tên riêng của doanh nghiệp[1]. Tên riêng của doanh nghiệp không nhất thiết phải có mối quan hệ với tên của chủ doanh nghiệp, thành viên hoặc cổ đông sáng lập. Tên riêng của doanh nghiệp chỉ được sử dụng ngành nghề kinh doanh (ví dụ "Công ty dịch vụ vệ sinh A") hoặc hình thức đầu tư (ví dụ "Công ty đầu tư bất động sản B") nếu doanh nghiệp có đăng ký ngành nghề kinh doanh hoặc thực hiện đầu tư theo hình thức đó.

Luật doanh nghiệp năm 2014 cho phép tên doanh nghiệp sử dụng các chữ cái trong bảng chữ cái tiếng Việt và một số chữ cái có trong bảng chữ cái tiếng Anh mà không có trong bảng chữ cái tiếng Việt như các chữ cái "F", "J", "Z" và "W"[2]. Chữ số (ví dụ "1") và ký hiệu (ví dụ "&" và "-") cũng có thể dùng để đặt tên doanh nghiệp.

1. Điểm a khoản 1 Điều 38 Luật doanh nghiệp năm 2014.
2. Điểm b khoản 1 Điều 38 Luật doanh nghiệp năm 2014

Tên doanh nghiệp phải được gắn tại trụ sở chính, chi nhánh, văn phòng đại diện, địa điểm kinh doanh của doanh nghiệp, được in hoặc viết trên các giấy tờ giao dịch, hồ sơ tài liệu và ấn phẩm do doanh nghiệp phát hành[1].

a) Hạn chế về tên doanh nghiệp:

Luật doanh nghiệp năm 2014 quy định ba hạn chế cơ bản áp dụng đối với tên doanh nghiệp, do đó cơ quan đăng ký kinh doanh có thể từ chối việc đăng ký tên doanh nghiệp Việt Nam khi vi phạm các hạn chế này:

Thứ nhất, tên doanh nghiệp không được trùng hoặc gây nhầm lẫn với tên của doanh nghiệp khác đã được đăng ký trên phạm vi toàn quốc[2]. Yêu cầu về tên doanh nghiệp không được trùng hoặc gây nhầm lẫn với tên của doanh nghiệp khác không chỉ áp dụng với tên tiếng Việt mà còn áp dụng với cả tên tiếng nước ngoài. Tuy nhiên, yêu cầu này chỉ áp dụng đối với tên của doanh nghiệp được thành lập ở Việt Nam. Do vậy, doanh nghiệp Việt Nam, về lý thuyết, có thể đặt tên trùng hoặc gây nhầm lẫn với doanh nghiệp nước ngoài, trừ trường hợp doanh nghiệp nước ngoài thành lập công ty con tại Việt Nam.

Tên trùng là trường hợp tên tiếng Việt của doanh nghiệp đề nghị đăng ký được viết hoàn toàn giống với tên tiếng Việt của doanh nghiệp đã đăng ký[3]. Tên của doanh nghiệp đề nghị đăng ký được coi là gây nhầm lẫn với tên của doanh nghiệp đã đăng ký khi:

- Tên tiếng Việt của doanh nghiệp đề nghị đăng ký được đọc giống như tên doanh nghiệp đã đăng ký;

- Tên viết tắt của doanh nghiệp đề nghị đăng ký trùng với tên viết tắt của doanh nghiệp đã đăng ký;

- Tên bằng tiếng nước ngoài của doanh nghiệp đề nghị đăng ký trùng với tên bằng tiếng nước ngoài của doanh nghiệp đã đăng ký;

---

1. Khoản 2 Điều 38 Luật doanh nghiệp năm 2014.
2. Khoản 1 Điều 39 Luật doanh nghiệp năm 2014.
3. Khoản 1 Điều 42 Luật doanh nghiệp năm 2014.

- Tên riêng của doanh nghiệp đề nghị đăng ký chỉ khác với tên riêng của doanh nghiệp cùng loại đã đăng ký bởi một số tự nhiên, số thứ tự hoặc các chữ cái trong bảng chữ cái tiếng Việt và các chữ cái F, J, Z, W ngay sau tên riêng của doanh nghiệp đó;

- Tên riêng của doanh nghiệp đề nghị đăng ký chỉ khác với tên riêng của doanh nghiệp cùng loại đã đăng ký bởi ký hiệu "&", ".", "+", "-", "_";

- Tên riêng của doanh nghiệp đề nghị đăng ký chỉ khác với tên riêng của doanh nghiệp cùng loại đã đăng ký bởi từ "tân" ngay trước hoặc "mới" ngay sau hoặc trước tên riêng của doanh nghiệp đã đăng ký;

- Tên riêng của doanh nghiệp đề nghị đăng ký chỉ khác với tên riêng của doanh nghiệp cùng loại đã đăng ký bởi từ "miền Bắc", "miền Nam", "miền Trung", "miền Tây", "miền Đông" hoặc từ có ý nghĩa tương tự.

Thứ hai, tên doanh nghiệp không được sử dụng tên cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang nhân dân hoặc tổ chức chính trị hoặc xã hội trừ trường hợp có sự đồng ý của cơ quan, đơn vị hoặc tổ chức đó[1].

Thứ ba, tên doanh nghiệp không được sử dụng từ ngữ hoặc ký hiệu "vi phạm truyền thống lịch sử, văn hóa, đạo đức và thuần phong mỹ tục của dân tộc"[2]. Không có hướng dẫn cụ thể hơn về thế nào là "vi phạm truyền thống lịch sử, văn hóa, đạo đức và thuần phong mỹ tục". Do vậy, cơ quan đăng ký kinh doanh có quyền quyết định tương đối rộng trong việc đồng ý hay từ chối tên riêng của doanh nghiệp.

Ngoài ba hạn chế trên, mặc dù không được quy định cụ thể trong Luật doanh nghiệp năm 2014, nhưng nhìn chung tên doanh nghiệp cũng không được vi phạm quyền sở hữu trí tuệ của tổ chức hoặc cá nhân khác. Trong trường hợp tên thương mại, nhãn hiệu hoặc chỉ dẫn địa lý của một tổ chức hoặc cá nhân đã được bảo hộ về quyền sở hữu trí tuệ thì doanh nghiệp không được đặt tên hoặc phải đổi tên nếu vi phạm quyền sở hữu trí tuệ. Như sẽ được trình bày tại Chương 9, quyền

1. Khoản 2 Điều 39 Luật doanh nghiệp năm 2014.
2. Khoản 3 Điều 39 Luật doanh nghiệp năm 2014.

sở hữu trí tuệ này có thể là của tổ chức hoặc cá nhân nước ngoài đã đăng ký và được bảo hộ tại Việt Nam.

b) Tên doanh nghiệp bằng tiếng nước ngoài:

Doanh nghiệp có thể có tên bằng tiếng nước ngoài và phải đáp ứng hai điều kiện: *Thứ nhất*, tên doanh nghiệp bằng tiếng nước ngoài là tên được dịch từ tên tiếng Việt. Khi dịch sang tiếng nước ngoài, tên riêng của doanh nghiệp có thể giữ nguyên hoặc dịch theo nghĩa tương ứng sang tiếng nước ngoài; *Thứ hai*, tiếng nước ngoài phải là tiếng theo hệ chữ Latinh; tên nước ngoài không thể sử dụng tiếng nước ngoài không theo hệ chữ Latinh như tiếng Trung Quốc, Nhật Bản, Hàn Quốc và Thái Lan[1].

Để phân biệt tên bằng tiếng Việt và tên bằng tiếng nước ngoài của doanh nghiệp, thì tên bằng tiếng nước ngoài phải được in hoặc viết với khổ chữ nhỏ hơn tên tiếng Việt của doanh nghiệp tại trụ sở chính, chi nhánh, văn phòng đại diện, địa điểm kinh doanh của doanh nghiệp hoặc trên các giấy tờ giao dịch, hồ sơ tài liệu và ấn phẩm do doanh nghiệp phát hành[2].

Tên viết tắt của doanh nghiệp được viết tắt từ tên tiếng Việt hoặc tên bằng tiếng nước ngoài[3].

4. Đăng ký doanh nghiệp

Khi muốn thực hiện hoạt động kinh doanh dưới hình thức doanh nghiệp hoặc khi phát sinh nghĩa vụ thành lập doanh nghiệp, người thành lập doanh nghiệp (bao gồm nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài) phải đăng ký thành lập doanh nghiệp (bao gồm doanh nghiệp trong nước và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài). Doanh nghiệp trong nước và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài là các khái niệm có tính chất quy ước. Doanh nghiệp trong nước là doanh nghiệp được sở hữu 100% bởi chủ sở hữu là nhà đầu tư trong nước và doanh nghiệp

---

1. Khoản 1 Điều 40 Luật doanh nghiệp năm 2014.
2. Khoản 2 Điều 40 Luật doanh nghiệp năm 2014.
3. Khoản 3 Điều 40 Luật doanh nghiệp năm 2014.

có vốn đầu tư nước ngoài là doanh nghiệp được sở hữu một phần hoặc toàn bộ bởi chủ sở hữu là nhà đầu tư nước ngoài.

Nhà đầu tư nước ngoài và nhà đầu tư trong nước được xác định dựa trên các tiêu chí là quốc tịch, nơi thành lập và quyền kiểm soát. Để đơn giản hóa vấn đề cho nội dung được trình bày tại phần này, nhà đầu tư trong nước được hiểu bao gồm: Cá nhân có quốc tịch Việt Nam, tổ chức được thành lập tại Việt Nam trong đó nhà đầu tư nước ngoài nắm dưới 51% vốn điều lệ. Nhà đầu tư nước ngoài được hiểu bao gồm: Cá nhân có quốc tịch nước ngoài, tổ chức thành lập ở nước ngoài và tổ chức thành lập ở Việt Nam trong đó nhà đầu tư nước ngoài nắm giữ từ 51% vốn điều lệ trở lên[1].

Việc thành lập doanh nghiệp của nhà đầu tư trong nước tương đối đơn giản hơn so với việc thành lập doanh nghiệp của nhà đầu tư nước ngoài. Khi thành lập doanh nghiệp, nhà đầu tư trong nước, về cơ bản, cần xin ba loại giấy phép là: Chấp thuận chủ trương đầu tư cấp cho nhà đầu tư trong nước (chỉ áp dụng với một số dự án quan trọng), Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp và Giấy phép kinh doanh (chỉ áp dụng đối với doanh nghiệp hoạt động trong ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện). Trong khi đó, có bốn loại giấy phép áp dụng đối với việc thành lập doanh nghiệp của nhà đầu tư nước ngoài là: Chấp thuận chủ trương đầu tư cấp cho nhà đầu tư nước ngoài (chỉ áp dụng bắt buộc với một số dự án quan trọng), Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư cấp cho nhà đầu tư nước ngoài (áp dụng bắt buộc đối với mọi dự án), Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, và Giấy phép kinh doanh (chỉ áp dụng đối với doanh nghiệp hoạt động trong các ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện)[2].

Chấp thuận chủ trương đầu tư áp dụng khi doanh nghiệp thực hiện: Các dự án quan trọng có ảnh hưởng lớn đến xã hội hoặc môi trường, liên quan đến các ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện hoặc sử dụng nguồn vốn lớn hoặc các dự án sử dụng đất hoặc công nghệ

1. Khoản 1 Điều 23 Luật đầu tư năm 2014.
2. Tham khảo phần phân tích cụ thể các loại giấy phép trên tại Chương 2.

hạn chế chuyển giao. Nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài khi thực hiện dự án thuộc các trường hợp nêu trên đều có nghĩa vụ phải xin Chấp thuận chủ trương đầu tư[1]. Ngoài ra, nhà đầu tư nước ngoài phải tuân thủ và thực hiện thêm thủ tục đầu tư mà nhà đầu tư trong nước không buộc phải thực hiện, đó là thủ tục xin cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư. Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư do cơ quan đăng ký đầu tư cấp cho nhà đầu tư nước ngoài trước khi nhà đầu tư nước ngoài nộp hồ sơ đăng ký thành lập doanh nghiệp cho cơ quan đăng ký kinh doanh[2]. Đây là thủ tục mới theo Luật đầu tư năm 2014 áp dụng cho các dự án đầu tư nước ngoài tại Việt Nam.

Như vậy, sự khác biệt cơ bản giữa thủ tục thành lập doanh nghiệp của nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài chính là Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư. Trong mọi trường hợp, nhà đầu tư nước nước ngoài bắt buộc phải được cấp Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư mới được phép thành lập doanh nghiệp. Nhà đầu tư trong nước thành lập doanh nghiệp không buộc phải xin Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư. Mặc dù vậy, nhà đầu tư trong nước có thể quyết định xin Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư nếu muốn được ghi nhận các ưu đãi và hỗ trợ đầu tư[3].

a) Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp

Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp được cấp cho doanh nghiệp mà không phân biệt chủ sở hữu doanh nghiệp là nhà đầu tư trong nước hay nhà đầu tư nước ngoài. Thủ tục xin cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp tương đối đơn giản. Chủ sở hữu doanh nghiệp tư nhân chỉ cần gửi hồ sơ đăng ký lên cơ quan đăng ký kinh doanh để xin Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Đối với công ty hợp danh, công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần, thì trong hồ sơ đăng ký cần phải có thêm dự thảo Điều lệ công ty.

---

1. Điều 30, Điều 31 và Điều 32 Luật đầu tư năm 2014.

2. Khoản 5 Điều 21, điểm c khoản 4 Điều 22 và điểm c khoản 4 Điều 23 Luật doanh nghiệp năm 2014, khoản 1 Điều 22 Luật đầu tư năm 2014.

3. Khoản 2 Điều 36 Luật đầu tư năm 2014.

Trừ phi các thành viên hoặc cổ đông sáng lập muốn có các thỏa thuận phức tạp để điều chỉnh quan hệ nội bộ, điều lệ của các công ty không phải là công ty đại chúng tương đối đơn giản và chỉ cần thể hiện đầy đủ các nội dung bắt buộc của điều lệ theo quy định tại Luật doanh nghiệp năm 2014. Đối với công ty đại chúng, điều lệ được khuyến nghị nên soạn thảo theo điều lệ mẫu công ty đại chúng, trong đó, các điều khoản thường phức tạp hơn so với công ty không phải là công ty đại chúng.

Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp chỉ ghi nhận bốn nội dung là: Tên doanh nghiệp và mã số doanh nghiệp; Địa chỉ trụ sở chính của doanh nghiệp; Thông tin về chủ sở hữu doanh nghiệp tư nhân, thành viên công ty hợp danh, thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn và người đại diện theo pháp luật của công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần; Vốn điều lệ[1]. Có ba điểm cần lưu ý đối với Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp liên quan đến ngành nghề kinh doanh, vốn điều lệ và thông tin về cổ đông. Cụ thể:

- So với Luật doanh nghiệp năm 2005 với quy định ngành nghề kinh doanh là một nội dung bắt buộc thì Luật doanh nghiệp năm 2014 đã loại bỏ nội dung này ra khỏi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Như vậy, phạm vi hoạt động của doanh nghiệp không còn được quy định trong Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp nữa. Tuy nhiên, thay đổi này hiện chỉ có tính hình thức. Trên thực tế, doanh nghiệp còn cần đăng ký ngành nghề kinh doanh cụ thể và không thể đăng ký kinh doanh mọi ngành nghề mà pháp luật không cấm. Do vậy, không có sự thay đổi về bản chất giữa Luật doanh nghiệp năm 2005 và Luật doanh nghiệp năm 2014 liên quan đến vấn đề này.

- Vốn điều lệ là một nội dung quan trọng của Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp ban đầu phải nêu rõ mức vốn mà thành viên hoặc cổ đông đã thực góp hoặc cam kết góp hoặc đăng ký mua. Vốn cam kết góp hoặc cổ phần đăng ký mua

1. Điều 29 Luật doanh nghiệp năm 2014.

chỉ áp dụng cho giai đoạn 90 ngày kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp lần đầu. Sau giai đoạn 90 ngày này, vốn điều lệ phải được hiểu là vốn thực góp của các thành viên góp vốn đối với công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc của các cổ đông đối với công ty cổ phần.

- Mặc dù Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp ghi nhận thông tin về thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn, Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp không ghi nhận thông tin về cổ đông công ty cổ phần, kể cả cổ đông sáng lập. Quy định này phản ánh thực tế là công ty cổ phần có nhiều cổ đông và Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp không thể ghi nhận thông tin của mọi cổ đông.

b) Giấy phép kinh doanh có điều kiện:

Đối với doanh nghiệp hoạt động trong những ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện, ngoài Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp do cơ quan đăng ký kinh doanh cấp, doanh nghiệp còn được cấp Giấy phép kinh doanh do cơ quan quản lý nhà nước chuyên ngành trong lĩnh vực có liên quan cấp. Ví dụ:

- Trong lĩnh vực ngân hàng: Ngân hàng Nhà nước cấp giấy phép thành lập và hoạt động cho ngân hàng;

- Trong lĩnh vực chứng khoán: Ủy ban Chứng khoán nhà nước cấp giấy phép thành lập và hoạt động cho công ty chứng khoán;

- Trong lĩnh vực bảo hiểm: Bộ Tài chính cấp giấy phép thành lập và hoạt động cho doanh nghiệp bảo hiểm;

- Trong lĩnh vực luật: Sở Tư pháp cấp giấy đăng ký hoạt động cho tổ chức hành nghề luật sư;

- Trong lĩnh vực công chứng: Sở Tư pháp cấp giấy đăng ký hoạt động cho văn phòng công chứng;

- Trong lĩnh vực dầu khí: Bộ Công Thương cấp Giấy phép kinh doanh xuất khẩu, nhập khẩu xăng dầu;

- Trong lĩnh vực hàng không dân dụng: Bộ Giao thông vận tải cấp Giấy phép kinh doanh cảng hàng không, sân bay;

- Trong lĩnh vực xuất bản: Bộ Thông tin và Truyền thông cấp Giấy phép thành lập nhà xuất bản;

- Trong lĩnh vực báo chí: Bộ Thông tin và Truyền thông cấp Giấy phép hoạt động báo chí in, Cục báo chí cấp giấy phép xuất bản đặc san.

Quá trình cấp Giấy phép kinh doanh đối với các doanh nghiệp trên là một quá trình xem xét kỹ lưỡng dựa trên các tiêu chí cụ thể áp dụng cho nhà đầu tư, doanh nghiệp thực hiện cũng như nhu cầu phát triển hoặc yêu cầu về an ninh quốc gia trong các lĩnh vực trên. Giấy phép kinh doanh của doanh nghiệp hoạt động trong ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện quy định cụ thể phạm vi hoạt động của doanh nghiệp. Ví dụ, Giấy phép thành lập và hoạt động do Ngân hàng Nhà nước cấp cho ngân hàng quy định cụ thể các dịch vụ ngân hàng mà ngân hàng được phép cung cấp cho khách hàng. Giấy phép kinh doanh là văn bản chủ yếu xác định phạm vi hoạt động của doanh nghiệp hoạt động trong ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện.

Những điểm cần lưu ý:

- Tổ chức hoặc cá nhân Việt Nam và nước ngoài có quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp trừ một số đối tượng được quy định cụ thể trong Luật doanh nghiệp năm 2014. Đặc biệt, tổ chức không có tư cách pháp nhân không được thành lập và quản lý doanh nghiệp.

- Khi có một số yếu tố phát sinh liên quan đến quy mô hoạt động kinh doanh (như quy mô sử dụng lao động, số lượng thành viên hoặc cổ đông hoặc hình thức huy động vốn, khả năng chuyển nhượng vốn và quy mô vốn) thì chủ sở hữu có nghĩa vụ phải thành lập doanh nghiệp hoặc phải chuyển đổi doanh nghiệp từ loại hình doanh nghiệp này sang loại hình doanh nghiệp khác.

- Khi thành lập doanh nghiệp, chủ sở hữu cần lựa chọn tên doanh nghiệp. Pháp luật quy định cụ thể các yêu cầu đối với tên doanh nghiệp.

- Chủ sở hữu cần tuân thủ các quy định về trình tự và thủ tục nộp hồ sơ đăng ký thành lập doanh nghiệp với cơ quan đăng ký kinh doanh. Trình tự và thủ tục đăng ký thành lập doanh nghiệp khác nhau giữa các doanh nghiệp trong nước và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Việc thành lập doanh nghiệp của nhà đầu tư trong nước tương đối đơn giản hơn so với việc thành lập doanh nghiệp của nhà đầu tư nước ngoài.

- Trước khi thành lập doanh nghiệp, nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài phải xin Chấp thuận chủ trương đầu tư nếu dự án mà doanh nghiệp thực hiện có tính chất quan trọng. Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp và Giấy phép kinh doanh (chỉ áp dụng đối với doanh nghiệp hoạt động trong các ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện) quy định cụ thể phạm vi và thời hạn hoạt động cũng như vốn điều lệ của doanh nghiệp. Ngoài các loại giấy phép trên, nhà đầu tư nước ngoài cũng cần xin Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư đối với mọi dự án đầu tư nước ngoài tại Việt Nam trước khi thành lập doanh nghiệp. Nhà đầu tư trong nước không buộc phải xin Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư mặc dù nhà đầu tư trong nước có thể quyết định xin Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư nếu muốn được cấp các ưu đãi và hỗ trợ đầu tư.

III. ĐIỀU LỆ VÀ CÁC VĂN BẢN NỘI BỘ

Bên cạnh các quy định tại Luật doanh nghiệp năm 2014 và các quy định pháp luật khác, việc thành lập, tổ chức quản lý, hoạt động, tổ chức lại và giải thể của các doanh nghiệp còn được điều chỉnh bởi điều lệ và các tài liệu nội bộ khác (bao gồm các quy chế quản lý nội bộ và các sổ đăng ký).

Tự do thỏa thuận là nguyên tắc cơ bản áp dụng với điều lệ và các tài liệu nội bộ khác. Phụ thuộc vào các quy định bắt buộc của pháp luật, các thành viên hoặc cổ đông của công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần có quyền tự do thỏa thuận nội dung của các văn bản trên.

1. Điều lệ và các quy định bắt buộc trong điều lệ

Doanh nghiệp tư nhân không cần có điều lệ. Công ty hợp danh, công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần đều phải có điều lệ. Để được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, các thành viên hoặc cổ đông sáng lập của công ty hợp danh, công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần cần nộp dự thảo điều lệ cho cơ quan đăng ký kinh doanh. Điều lệ của công ty không phải là công ty đại chúng tương đối đơn giản và cơ quan đăng ký kinh doanh ở từng địa phương (ví dụ Sở Kế hoạch và Đầu tư) đều có mẫu điều lệ để tham khảo[1]. Điều lệ thường có hiệu lực tại thời điểm công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

Công ty đại chúng xây dựng điều lệ trên cơ sở "tham chiếu" điều lệ mẫu công ty đại chúng; nhưng không được trái với các quy định tại Luật doanh nghiệp năm 2014. Trong một số ngành nghề kinh doanh có điều kiện, cơ quan quản lý nhà nước tại từng thời điểm có thể ban hành điều lệ mẫu áp dụng cho công ty hoạt động trong các ngành nghề trên[2]. Do vậy, khi xây dựng điều lệ của một doanh nghiệp, cần xem xét cả các quy định chung của Luật doanh nghiệp năm 2014 và điều lệ mẫu (nếu có) áp dụng cho một loại hình doanh nghiệp hoặc doanh nghiệp kinh doanh trong một số ngành nghề đặc thù.

Điều lệ của công ty là tài liệu nội bộ cơ bản điều chỉnh việc thành lập, tổ chức quản lý, hoạt động, tổ chức lại và giải thể công ty. Luật doanh nghiệp năm 2014 quy định 13 nội dung bắt buộc trong điều lệ công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần, bao gồm:

- Tên, địa chỉ trụ sở chính của công ty; tên, địa chỉ chi nhánh và văn phòng đại diện (nếu có);

---

1. Ví dụ, điều lệ mẫu công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên và công ty cổ phần được Sở Kế hoạch và Đầu tư Thành phố Hồ Chí Minh đăng tải tại webiste của Sở Kế hoạch và Đầu tư Thành phố Hồ Chí Minh tại <*http://www.dpi.hochiminhcity.gov.vn*>.

2. Ví dụ, Bộ Tài chính ban hành mẫu điều lệ công ty đầu tư chứng khoán theo Thông tư số 227/2012/TT-BTC ngày 27 tháng 12 năm 2012 của Bộ Tài chính hướng dẫn thành lập, tổ chức hoạt động và quản lý công ty đầu tư chứng khoán.

- Ngành, nghề kinh doanh;

- Vốn điều lệ; tổng số cổ phần, loại cổ phần và mệnh giá từng loại cổ phần đối với công ty cổ phần;

- Họ, tên, địa chỉ, quốc tịch và các đặc điểm cơ bản khác của thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn và của cổ đông sáng lập đối với công ty cổ phần; phần vốn góp và giá trị vốn góp của mỗi thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn; số cổ phần, loại cổ phần, mệnh giá cổ phần từng loại của cổ đông sáng lập công ty cổ phần;

- Quyền và nghĩa vụ của thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc cổ đông công ty cổ phần;

- Cơ cấu tổ chức quản lý;

- Người đại diện theo pháp luật;

- Thể thức thông qua quyết định của công ty; nguyên tắc giải quyết tranh chấp nội bộ;

- Căn cứ và phương pháp xác định thù lao, tiền lương, thưởng cho người quản lý và Kiểm sát viên;

- Các trường hợp thành viên hoặc cổ đông có quyền yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp trong công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc cổ phần trong công ty cổ phần;

- Nguyên tắc phân chia lợi nhuận sau thuế và xử lý lỗ trong kinh doanh;

- Các trường hợp giải thể, trình tự giải thể và thủ tục thanh lý tài sản công ty;

- Thể thức sửa đổi hoặc bổ sung điều lệ[1].

Đây là các nội dung tối thiểu cần được quy định trong điều lệ và phải phù hợp với quy định của pháp luật. Việc quy định các nội dung tối thiểu như trên là cần thiết để bảo đảm dự thảo điều lệ được cơ quan đăng ký kinh doanh chấp thuận và có giá trị ràng buộc đối với các thành viên hoặc cổ đông.

---

1. Khoản 1 Điều 25 Luật doanh nghiệp năm 2014.

Ngoài 13 loại điều khoản bắt buộc phải có, các thành viên hoặc cổ đông có thể tự do thỏa thuận và quy định các nội dung khác trong điều lệ nhưng các nội dung khác này không được trái với quy định của Luật doanh nghiệp năm 2014 nói riêng và quy định pháp luật về doanh nghiệp nói chung.

Điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên phải được ký bởi thành viên là cá nhân và người đại diện theo pháp luật hoặc người đại diện theo ủy quyền của thành viên là tổ chức. Điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên phải được ký bởi chủ sở hữu là cá nhân hoặc người đại diện theo pháp luật của chủ sở hữu là tổ chức. Điều lệ của công ty cổ phần phải được ký bởi cổ đông sáng lập là cá nhân và người đại diện theo pháp luật hoặc người đại diện theo ủy quyền của cổ đông sáng lập là tổ chức. Khi bổ sung hoặc sửa đổi điều lệ, Luật doanh nghiệp năm 2014 không yêu cầu có chữ ký của tất cả các thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc cổ đông sáng lập của công ty cổ phần (hoặc người đại diện theo pháp luật hoặc theo ủy quyền của họ) mà chỉ cần có chữ ký của người đại diện theo pháp luật của công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần. Riêng đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, ngoài người đại diện theo pháp luật của công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, điều lệ sửa đổi hoặc bổ sung có thể được ký bởi thành viên là chủ sở hữu hoặc người đại diện theo pháp luật của thành viên là chủ sở hữu[1].

2. Quy chế quản lý nội bộ

Ngoài điều lệ, công ty cũng có thể có quy chế quản lý nội bộ. Đối với các công ty có cơ cấu quản trị phức tạp như công ty đại chúng (kể cả công ty đại chúng có quy mô lớn) thì quy chế quản lý nội bộ đặc biệt quan trọng. Điều lệ chỉ quy định cơ bản các nguyên tắc về quản trị công ty; các quy chế quản lý nội bộ sẽ quy định chi tiết

1. Khoản 2 và khoản 3 Điều 25 Luật doanh nghiệp năm 2014.

các nguyên tắc này. Một công ty đại chúng thường có các quy chế quản lý nội bộ sau: Quy chế hoạt động của Hội đồng quản trị; quy chế hoạt động của Ban kiểm soát; quy chế tài chính; quy chế công bố thông tin; quy chế chuyển nhượng cổ phần; quy chế nhân sự và tiền lương. Các tổng công ty nhà nước và doanh nghiệp nhà nước lớn được thành lập dưới hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên cũng có nhiều quy chế quản lý nội bộ, đặc biệt là quy chế quản lý tài chính.

Không giống như điều lệ, các quy chế quản lý nội bộ không cần nộp cho cơ quan đăng ký kinh doanh trong hồ sơ đăng ký doanh nghiệp. Các quy chế này có thể được xây dựng và hoàn tất dần dần trong quá trình hoạt động sau khi công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Quy chế hoạt động của Hội đồng quản trị và quy chế hoạt động của Ban kiểm soát thường do Đại hội đồng cổ đông thông qua hoặc do chính Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát thông qua. Các quy chế quản lý nội bộ khác do Hội đồng quản trị thông qua[1].

Pháp luật Việt Nam không quy định về quan hệ giữa điều lệ và các quy chế quản lý nội bộ, cũng như văn bản nào sẽ ưu tiên áp dụng trong trường hợp có xung đột. Điều lệ của công ty thường không quy định về vấn đề trên. Về lôgic, điều lệ do Hội đồng thành viên hoặc Đại hội đồng cổ đông thông qua là văn bản cơ bản nhất điều chỉnh hoạt động của công ty. Do vậy, điều lệ cần được ưu tiên áp dụng trong trường hợp có xung đột giữa điều lệ và quy chế quản lý nội bộ. Quy chế quản lý nội bộ cần được sửa đổi để phù hợp với điều lệ.

Trên thực tế, vai trò của các quy chế quản lý nội bộ rất quan trọng và thường quy định chi tiết để áp dụng trong hoạt động hàng ngày của công ty. Trong bối cảnh một giao dịch mua bán cổ phần hiện tại giữa các cổ đông, quy chế chuyển nhượng cổ phần sẽ giúp các bên liên quan

1. Điểm l khoản 2 Điều 149 Luật doanh nghiệp năm 2014.

hiểu rõ thủ tục chuyển nhượng cổ phần, các mẫu văn bản cần được các bên ký và được chứng nhận bởi công ty. Quy chế chuyển nhượng cổ phần của nhiều công ty quy định mẫu của hợp đồng mua bán cổ phần và các bên có liên quan cần sử dụng mẫu chứ không thể thỏa thuận một hợp đồng hoàn toàn khác với mẫu theo quy định của công ty. Ngoài ra, hợp đồng mua bán cổ phần có thể cũng cần được chứng nhận bởi Chủ tịch Hội đồng quản trị của công ty. Các vấn đề về thủ tục trên cần được tuân thủ trong giao dịch mua bán cổ phần. Trong bối cảnh một giao dịch vay hoặc cấp bảo lãnh thì quy chế tài chính thường cho biết thẩm quyền phê duyệt khoản vay hoặc cấp bảo lãnh của (Tổng) Giám đốc, Hội đồng quản trị và Đại hội đồng cổ đông. Không phải trong mọi trường hợp, (Tổng) Giám đốc hoặc Chủ tịch Hội đồng quản trị với tư cách là người đại diện theo pháp luật đều có thẩm quyền ký hợp đồng vay hoặc văn bản bảo lãnh.

3. Các sổ đăng ký

Điều lệ và các quy chế quản lý nội bộ của doanh nghiệp hiếm khi được sửa đổi và có doanh nghiệp không cần sửa đổi điều lệ, các quy chế quản lý nội bộ trong toàn bộ thời hạn hoạt động của mình. Không giống như điều lệ và các quy chế quản lý nội bộ, các sổ đăng ký của doanh nghiệp, đặc biệt là sổ đăng ký thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn và sổ đăng ký cổ đông công ty cổ phần, cần thường xuyên cập nhật để ghi nhận các biến động có liên quan.

Không giống như điều lệ, sổ đăng ký thành viên và sổ đăng ký cổ đông không cần nộp cho cơ quan đăng ký kinh doanh khi xin cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Tuy nhiên, tại thời điểm được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, công ty đã phải có sổ đăng ký thành viên hoặc sổ đăng ký cổ đông[1]. Sổ đăng ký thành viên phải được lưu giữ tại trụ sở chính của công ty trách nhiệm hữu hạn[2]. Sổ đăng ký

1. Khoản 1 Điều 49 và khoản 1 Điều 121 Luật doanh nghiệp năm 2014.
2. Khoản 2 Điều 49 Luật doanh nghiệp năm 2014.

cổ đông được lưu giữ tại trụ sở chính của công ty cổ phần, hoặc đối với công ty đại chúng, thường được lưu giữ tại Trung tâm lưu ký chứng khoán trừ khi công ty đại chúng được phép giữ sổ đăng ký cổ đông tại công ty[1].

Ngoài sổ đăng ký thành viên và sổ đăng ký cổ đông, Luật doanh nghiệp năm 2014 không bắt buộc công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần phải lập và duy trì bất kỳ loại sổ đăng ký nào khác. Trên thực tế, công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần có thể lập và duy trì các loại sổ đăng ký khác để có thể cung cấp thông tin cho các chủ nợ hoặc phục vụ việc quản trị nội bộ. Các sổ đăng ký này có thể ghi nhận thông tin liên quan đến:

- Các đợt phát hành chứng khoán của công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần;

- Các chủ nợ và khoản nợ của công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần;

- Các giao dịch bảo đảm của công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần;

- Tỷ lệ sở hữu cổ phần và quyền lợi liên quan của các cổ đông lớn, cổ đông nội bộ và người quản lý của công ty cổ phần và người có liên quan của các đối tượng trên.

Luật doanh nghiệp năm 2014 quy định các nội dung tối thiểu mà sổ đăng ký thành viên và sổ đăng ký cổ đông phải có. Ngoài các thông tin khác, sổ đăng ký thành viên và sổ đăng ký cổ đông ghi nhận phần vốn góp hoặc số lượng cổ phần của từng thành viên hoặc cổ đông trong công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần.

Sổ đăng ký thành viên và sổ đăng ký cổ đông là bằng chứng ghi nhận quyền sở hữu của thành viên và cổ đông trong công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần. Trong trường hợp công ty trách nhiệm hữu hạn, đây là một trong hai bằng chứng về quyền sở hữu cùng với Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp hoặc Giấy chứng nhận

1. Khoản 3 Điều 121 Luật doanh nghiệp năm 2014.

đăng ký đầu tư. Trong trường hợp công ty cổ phần, đây là bằng chứng duy nhất về quyền sở hữu.

Sổ đăng ký thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn phải có các nội dung tối thiểu sau: Tên, mã số doanh nghiệp và địa chỉ trụ sở chính của công ty; thông tin về thành viên; phần vốn góp, giá trị vốn góp, thời điểm góp vốn và thông tin về tài sản góp vốn của từng thành viên; chữ ký của thành viên là cá nhân hoặc của người đại diện theo pháp luật của thành viên là tổ chức; thông tin về Giấy chứng nhận phần vốn góp của từng thành viên[1]. Do sổ đăng ký thành viên cần có chữ ký của các thành viên nên phải được lập thành văn bản để các thành viên có thể ký vào sổ.

Sổ đăng ký cổ đông có thể là "văn bản, tập dữ liệu điện tử hoặc cả hai loại này"[2]. Sổ đăng ký cổ đông của công ty cổ phần phải có các nội dung tối thiểu sau: Tên và địa chỉ trụ sở chính của công ty; tổng số cổ phần được quyền chào bán, loại cổ phần được quyền chào bán và số cổ phần được quyền chào bán của từng loại; tổng số cổ phần đã bán của từng loại và giá trị vốn cổ phần đã góp; thông tin về cổ đông; số lượng cổ phần từng loại của mỗi cổ đông và ngày đăng ký cổ phần[3].

Luật doanh nghiệp năm 2014 quy định các nội dung tối thiểu cần có trong sổ đăng ký thành viên và sổ đăng ký cổ đông. Các nội dung này tương đối chi tiết và nhiều khi, các công ty không chú ý. Ví dụ, công ty đã đổi tên, địa chỉ trụ sở chính theo Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp hoặc Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư mới, nhưng sổ đăng ký thành viên và sổ đăng ký cổ đông vẫn ghi tên, địa chỉ trụ sở chính theo Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp hoặc Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư cũ; hay sổ đăng ký thành viên không có chữ ký của thành viên là cá nhân hoặc của người đại diện theo pháp luật của thành viên là tổ chức theo quy định của luật.

---

1. Khoản 1 Điều 49 Luật doanh nghiệp năm 2014.
2. Khoản 1 Điều 121 Luật doanh nghiệp năm 2014.
3. Khoản 2 Điều 121 Luật doanh nghiệp năm 2014.

Các vấn đề cần lưu ý

- Quyền tự do thỏa thuận là nguyên tắc cơ bản áp dụng với điều lệ và các tài liệu nội bộ khác. Phụ thuộc vào các quy định bắt buộc của pháp luật, các thành viên hoặc cổ đông của công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần có quyền tự do thỏa thuận nội dung của các văn bản trên. Do vậy, Luật sư có vai trò quan trọng trong việc soạn thảo các văn bản trên nếu khách hàng muốn cụ thể hóa các quy định của pháp luật trong các văn bản đó.

- Điều lệ là văn bản quan trọng nhất điều chỉnh việc thành lập, tổ chức quản lý, hoạt động, tổ chức lại và giải thể của các doanh nghiệp. Luật doanh nghiệp năm 2014 quy định mười ba nội dung bắt buộc của điều lệ. Luật doanh nghiệp năm 2014 không cấm điều lệ quy định những nội dung khác. Ngay cả đối với mười ba nội dung bắt buộc, Luật doanh nghiệp năm 2014 cũng cho phép thành viên hoặc cổ đông có quyền tự do thỏa thuận đối với một số vấn đề nhất định.

- Pháp luật Việt Nam không quy định về quan hệ giữa điều lệ và các quy chế quản lý nội bộ, cũng như văn bản nào sẽ ưu tiên áp dụng trong trường hợp có xung đột. Điều lệ của công ty cũng thường không quy định về vấn đề trên. Về lôgic, điều lệ do Hội đồng thành viên hoặc Đại hội đồng cổ đông thông qua là văn bản cơ bản nhất điều chỉnh hoạt động của công ty. Do vậy, điều lệ cần được ưu tiên áp dụng trong trường hợp có xung đột giữa điều lệ và quy chế quản lý nội bộ. Quy chế quản lý nội bộ cần được sửa đổi để phù hợp với điều lệ.

- Luật doanh nghiệp năm 2014 quy định các nội dung tối thiểu mà sổ đăng ký thành viên và sổ đăng ký cổ đông phải có. Các nội dung này tương đối chi tiết và nhiều khi các công ty không chú ý khi soạn thảo các sổ đăng ký. Luật sư cần tư vấn cho khách hàng lưu ý các nội dung chi tiết trên.

Chương 4
TƯ VẤN MUA BÁN DOANH NGHIỆP

Mua bán doanh nghiệp (Mergers and Acquisitions - Viết tắt là M&A) là hoạt động chuyển nhượng quyền sở hữu một phần hoặc toàn bộ doanh nghiệp, nhằm giành quyền kiểm soát doanh nghiệp bị thâu tóm. M&A đang dần trở thành một xu hướng đầu tư phổ biến tại Việt Nam và là một trong những chiến lược kinh doanh của nhiều nhà đầu tư trong hoạt động đầu tư, thương mại quốc tế.

Có nhiều yếu tố ảnh hưởng đến quyết định M&A. Đối với bên bán, việc bán sẽ giúp bên bán thu được một khoản vốn đầu tư, giúp doanh nghiệp tổ chức lại hoạt động kinh doanh, xây dựng phương án kinh doanh với nguồn lực mới, v.v.. Đối với bên mua, việc mua doanh nghiệp có thể mang lại lợi ích cho nhà đầu tư trong việc thâm nhập vào thị trường, nắm được bí quyết kinh doanh, dây chuyền sản xuất, giảm được thời gian gia nhập thị trường, v.v..

Môi trường cạnh tranh cũng là một yếu tố thúc đẩy hoạt động M&A. Nhiều doanh nghiệp muốn mua đối thủ cạnh tranh để thống lĩnh thị trường hoặc liên kết với nhau để có địa vị và thị phần tốt hơn.

Đối tượng của M&A khá đa dạng, có thể là một phần, toàn bộ vốn hoặc tài sản cốt lõi của doanh nghiệp (thường là bất động sản hoặc các dây chuyền kinh doanh). Dựa trên các đối tượng của M&A, các hình thức M&A cũng trở nên đa dạng, bao gồm: Hợp nhất, sáp nhập, chia, tách doanh nghiệp; mua bán một phần hoặc toàn bộ vốn điều lệ; mua bán tài sản. Chương này tập trung giới thiệu giao dịch M&A thông qua các hình thức mua bán vốn điều lệ và mua bán tài sản.

Do tính đa dạng của đối tượng M&A nên không có một văn bản pháp lý cụ thể nào có thể quy định tất cả các vấn đề về hoạt động M&A tại Việt Nam. Để thực hiện giao dịch M&A, nhà đầu tư phải tuân thủ nhiều quy định pháp luật khác nhau điều chỉnh từng khía cạnh của giao dịch như Luật cạnh tranh, Luật doanh nghiệp, Luật đầu tư, Luật chứng khoán, Bộ luật lao động, Luật kế toán, Luật quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp, v.v.. Trong quá trình tư vấn, Luật sư cần phải tham khảo các quy định pháp luật liên quan có hiệu lực tại thời điểm thực hiện giao dịch.

I. MUA BÁN DOANH NGHIỆP THEO HÌNH THỨC SỞ HỮU VỐN ĐIỀU LỆ

1. Giới thiệu các hình thức mua bán doanh nghiệp thông qua việc sở hữu vốn điều lệ

M&A dưới hình thức sở hữu vốn điều lệ là hình thức M&A phổ biến tại Việt Nam. Nhà đầu tư có thể sở hữu vốn điều lệ của doanh nghiệp thông qua các hình thức sau đây:

a) Mua bán một phần vốn điều lệ từ thành viên/cổ đông hiện hữu của doanh nghiệp:

Theo hình thức này, bên mua và bên bán là các thành viên/cổ đông có nhu cầu chuyển nhượng phần vốn mà họ đang sở hữu theo điều lệ của doanh nghiệp tự thỏa thuận với nhau về việc mua bán. Hình thức mua bán phần vốn này không làm thay đổi vốn điều lệ của doanh nghiệp. Thành viên/cổ đông chuyển nhượng phần vốn là bên được hưởng lợi khi giá chuyển nhượng cao hơn giá trị thực của phần vốn hoặc chịu thiệt khi giá chuyển nhượng thấp hơn giá trị thực của phần vốn. Thành viên/cổ đông và bên mua là các chủ thể giao kết hợp đồng mua bán phần vốn hoặc cổ phần.

b) Mua phần vốn điều lệ tăng thêm:

Cũng là một hình thức mua bán vốn điều lệ, mua phần vốn tăng thêm hoặc cổ phần mới phát hành của doanh nghiệp làm thay đổi vốn

điều lệ của doanh nghiệp. Với hình thức này, doanh nghiệp bị thâu tóm sẽ tăng vốn điều lệ hiện hành (đối với công ty trách nhiệm hữu hạn) hoặc phát hành thêm cổ phần mới (đối với công ty cổ phần) để bán cho bên có nhu cầu mua. Hình thức này là sự kết nạp một nhà đầu tư trở thành cổ đông hoặc thành viên mới của công ty. Hình thức này khá phổ biến trong các trường hợp doanh nghiệp bị thâu tóm muốn huy động thêm vốn cùng với việc kết nạp bên mua vào doanh nghiệp để tăng cường khả năng kinh doanh, phát triển hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp.

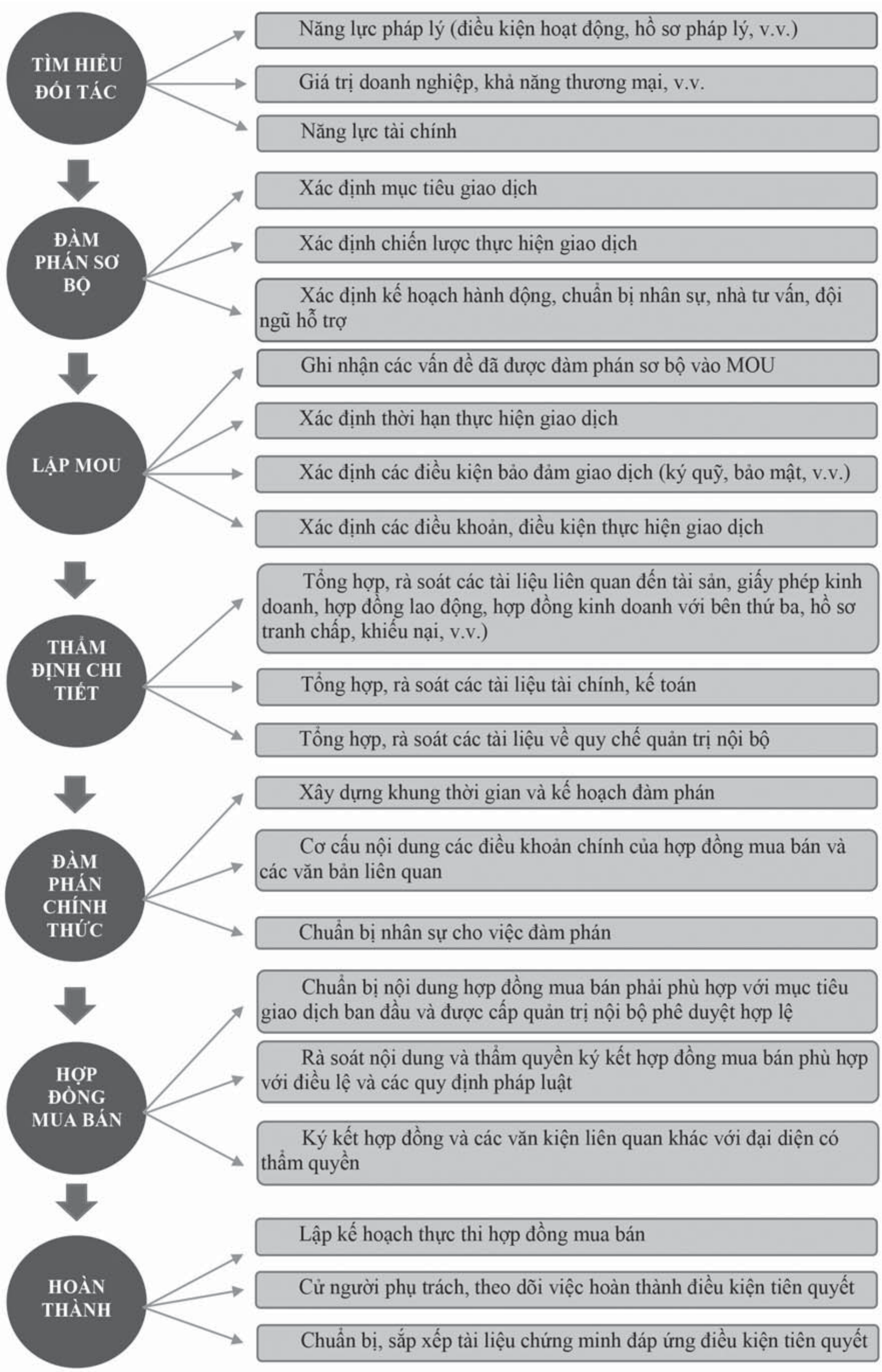
c) Mua gom cổ phiếu trên thị trường chứng khoán:

Mua gom cổ phiếu trên thị trường chứng khoán là cách thức mà nhiều nhà đầu tư áp dụng để sở hữu cổ phần tại một doanh nghiệp đã niêm yết trên thị trường chứng khoán. Theo cách này, thủ tục mua bán cổ phần được thực hiện đơn giản thông qua tài khoản giao dịch chứng khoán của nhà đầu tư mở tại công ty chứng khoán. Hạn chế của hình thức này là nhà đầu tư sẽ mất nhiều thời gian để có thể sở hữu một số lượng cổ phần đủ để kiểm soát hoặc quản lý doanh nghiệp. Ngoài ra, quy định pháp luật về giới hạn tỷ lệ cổ phần được mua qua thị trường chứng khoán cũng làm giảm cơ hội sở hữu cổ phần của nhà đầu tư theo hình thức mua bán này.

2. Quy trình mua bán doanh nghiệp theo hình thức sở hữu vốn điều lệ của doanh nghiệp (không bao gồm hình thức mua gom cổ phiếu)

Để thực hiện các hình thức M&A thông qua sở hữu vốn điều lệ của doanh nghiệp, cả bên mua và bên bán đều trải qua một quy trình gồm 7 bước (Sơ đồ 1). Mỗi bên bán hoặc bên mua cần phải có những chuẩn bị thích hợp ở góc độ của mình để việc mua bán trở nên có hiệu lực và thành công. Do đó, Luật sư cũng cần phải có những chuẩn bị thích hợp khi đại diện cho từng bên tham gia giao dịch hoặc đại diện cho doanh nghiệp để hỗ trợ các bên hoặc Luật sư khác của các bên thực hiện giao dịch.

Sơ đồ 1. Quy trình M&A theo hình thức sở hữu vốn điều lệ của doanh nghiệp



a) Bước 1 - Tìm hiểu đối tác:

Thông thường, việc tìm hiểu đối tác để thực hiện một thương vụ M&A sẽ do khách hàng thực hiện nhằm đạt được mục tiêu của khách hàng trước khi nhờ Luật sư tham gia. Một số khách hàng cũng nhờ Luật sư tìm kiếm đối tác để có thể thực hiện được mục tiêu về M&A của mình. Luật sư có thể làm việc với doanh nghiệp mục tiêu (nhà đầu tư mua hoặc doanh nghiệp bán) hoặc giữa các Luật sư với nhau để thực hiện được yêu cầu của khách hàng. Những yêu cầu nội dung cơ bản của *Bước 1 - Tìm hiểu đối tác* bao gồm: Xác định năng lực pháp lý, tài chính và giá trị của doanh nghiệp mục tiêu). Tùy theo việc đại diện cho bên bán hay bên mua mà Luật sư cần thực hiện việc tìm hiểu các thông tin thích hợp:

Một số lưu ý trong bước 1:

- Đối với bên bán:

Chuẩn bị kỹ lưỡng cho một thương vụ M&A là một khởi đầu quan trọng cho các bên trước khi bước vào giao dịch. Thông thường bên bán sau khi đã xác định mục tiêu của giao dịch M&A sẽ tiến hành tìm kiếm và tìm hiểu đối tác để thực hiện mục tiêu của mình. Cũng có trường hợp, bên bán là bên thụ động do nhận được đề nghị mua của bên mua.

- Đối với Luật sư của bên bán:

Những vấn đề chủ yếu mà Luật sư của bên bán cần tìm hiểu bao gồm:

+ Lĩnh vực hoạt động của bên bán hay doanh nghiệp bị thâu tóm hạn chế những đối tượng mua nào. Ví dụ, bên mua là nhà đầu tư nước ngoài bị hạn chế trong một số lĩnh vực mà Việt Nam đã cam kết theo các điều ước quốc tế (như cam kết WTO); doanh nghiệp mua có lĩnh vực hoạt động kinh doanh tương tự mà kết thúc quá trình M&A sẽ tạo nên một doanh nghiệp có từ 30% thị phần ở thị trường liên quan, v.v.;

+ Năng lực tài chính của bên mua, cụ thể là khả năng thực hiện việc chuyển vốn theo cam kết;

+ Khả năng tham gia vào hoạt động quản lý doanh nghiệp bị thâu tóm của bên mua để xác định những điều kiện pháp lý cần thiết;

+ Tình trạng pháp lý và các yếu tố pháp lý liên quan đến cơ cấu tổ chức của bên mua (như khả năng lâm vào tình trạng phá sản, tình trạng tạm ngừng kinh doanh, v.v.). Việc kiểm tra có thể thực hiện thông qua Cổng thông tin đăng ký kinh doanh quốc gia[1] hoặc Cổng thông tin điện tử của Tòa án nhân dân tối cao[2];

+ Năng lực pháp lý của bên mua và yếu tố pháp lý để bảo đảm bên mua được quyền tham gia quản lý hoặc sở hữu vốn điều lệ tại bên bán hay doanh nghiệp bị thâu tóm;

+ Xây dựng kế hoạch hành động để giúp cho khách hàng hình dung được thời gian tổng thể tiến hành một giao dịch M&A, các công việc cần làm, mục tiêu công việc, thời gian hoàn thành công việc, người phụ trách, kết quả công việc;

+ Rà soát, hoàn thiện, sửa đổi, bổ sung những vấn đề pháp lý còn vướng mắc của doanh nghiệp bị thâu tóm trước khi đàm phán với bên mua hoặc trước khi thẩm định chi tiết (ở các bước tiếp theo);

+ Sắp xếp hồ sơ pháp lý, hồ sơ tài chính của doanh nghiệp để chuẩn bị cho bên mua thẩm định chi tiết.

Việc rà soát sẽ giúp bên bán phát hiện các sai sót, bất cập, đánh giá các điểm mạnh, điểm yếu trong hồ sơ pháp lý, hồ sơ tài chính, tự chuẩn bị phương án giải trình và khắc phục trước khi bên mua tiến hành đàm phán, thẩm định chi tiết doanh nghiệp bị thâu tóm.

- Đối với bên mua:

Đối với bên mua, nhiệm vụ trọng tâm trong giai đoạn này là xác định mục tiêu thâu tóm doanh nghiệp bị thâu tóm. Mục tiêu của bên mua sẽ rất đa dạng (như phát triển hoạt động sản xuất kinh

1. www.dangkykinhdoanh.gov.vn
2. www.toaan.gov.vn

doanh, đầu tư sang một lĩnh vực tiềm năng của thị trường, mở rộng thị trường hoặc nhằm tiêu diệt đối thủ cạnh tranh, v.v.) nên tùy từng giao dịch cụ thể mà Luật sư thực hiện việc chuẩn bị thích hợp. Cũng có những trường hợp, bên mua là bên thụ động do bên bán đề nghị được thâu tóm.

- Đối với Luật sư của bên mua:

Những vấn đề chủ yếu mà Luật sư của bên mua cần tìm hiểu sơ bộ bao gồm:

+ Tính pháp lý của thương hiệu và năng lực công nghệ của doanh nghiệp bị thâu tóm (như nhãn hiệu hàng hóa, bí quyết kỹ thuật, giải pháp hữu ích, sáng chế, v.v.);

+ Tính pháp lý của các sản phẩm/dịch vụ mà doanh nghiệp bị thâu tóm đang tiến hành, có hay không rủi ro pháp lý trong tương lai hoặc bị hạn chế khi bên mua thực hiện thâu tóm (như hạn chế đối với nhà đầu tư nước ngoài theo các cam kết quốc tế, khả năng chiếm lĩnh 30% thị phần ở thị trường liên quan, v.v.);

+ Các vấn đề pháp lý về khoản phải trả và phải thu cùng các yếu tố khác liên quan đến giá trị doanh nghiệp bị thâu tóm;

+ Loại hình của doanh nghiệp bị thâu tóm (như công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần chưa niêm yết, công ty cổ phần đã niêm yết, v.v.) để xác định phương thức thâu tóm;

+ Tình trạng pháp lý và các yếu tố pháp lý liên quan đến cơ cấu tổ chức của doanh nghiệp bị thâu tóm (như khả năng lâm vào tình trạng phá sản, tình trạng tạm ngừng kinh doanh, v.v.). Việc kiểm tra có thể thực hiện thông qua Cổng thông tin đăng ký kinh doanh quốc gia hoặc Cổng thông tin điện tử của Tòa án nhân dân tối cao;

+ Các vấn đề pháp lý về môi trường (đối với doanh nghiệp sản xuất);

+ Khả năng tham gia vào hoạt động quản lý doanh nghiệp của bên mua để xác định những điều kiện pháp lý cần thiết;

+ Xây dựng kế hoạch hành động để giúp khách hàng hình dung được thời gian tiến hành tổng thể một giao dịch M&A, các công việc cần làm, mục tiêu công việc, thời gian hoàn thành công việc, người phụ trách, kết quả công việc;

+ Rà soát hồ sơ pháp lý của bên mua để chuẩn bị cho việc thực hiện các thủ tục pháp lý khi thâu tóm sau này.

b) Bước 2 - Đàm phán sơ bộ:

Sau khi có những thông tin sơ bộ về doanh nghiệp bị thâu tóm hoặc bên bán, nếu bên bán và bên mua khẳng định cần tiếp tục thực hiện, thì hai bên cần phải thỏa thuận sơ bộ để tạo điều kiện cho việc thực hiện các bước tiếp theo thông qua một thỏa thuận ghi nhớ (hay còn gọi là biên bản ghi nhớ, tiếng Anh là Memorandum of Understanding - MOU). Ngoài ra, các bên còn có thể thỏa thuận, ký kết thêm các văn bản khác trong bước này như thỏa thuận bảo mật.

Tùy theo việc đại diện cho bên bán hay bên mua, Luật sư cần thực hiện các công việc chuẩn bị và giúp khách hàng thực hiện đàm phán sơ bộ như sau:

- Đối với bên bán:

Mục tiêu phổ biến của bên bán trong một giao dịch M&A là: Nhận được tiền thanh toán nhanh nhất có thể; Hạn chế hoặc loại bỏ nguy cơ gánh chịu những nghĩa vụ đối với phần vốn đang sở hữu; Không phải thực hiện bất kỳ một nghĩa vụ nào khác ngoài nghĩa vụ đã đề cập tại hợp đồng mua bán; Bảo đảm bên mua thực hiện đúng quy trình, các bước đã thỏa thuận để giao dịch được thực hiện đúng, bảo đảm quyền lợi của bên bán; Hoặc mong muốn bên mua sớm quản lý điều hành doanh nghiệp bị thâu tóm để có thể thúc đẩy phát triển kinh doanh. Do đó, trong quá trình đàm phán sơ bộ, những vấn đề nêu trên cần được thảo luận cùng với các vấn đề đã được phát hiện trong Bước 1 để xác định xem bên mua có khả năng đáp ứng nhu cầu của bên bán theo giao dịch hay không.

- Đối với bên mua:

Mục tiêu của bên mua khi tham gia đàm phán thực hiện giao dịch là: Có quyền sở hữu hợp pháp đối với phần vốn; Hạn chế được những rủi ro hoặc nhận được các khoản bồi thường hợp lý khi tham gia giao dịch (chủ yếu liên quan đến việc bên bán vi phạm nghĩa vụ về thông tin, hoặc phát sinh nhiều chi phí không dự kiến để hoàn tất giao dịch, v.v.); Có được những cam kết của bên bán để bảo vệ mình khi trở thành chủ sở hữu phần vốn, tiếp quản hoạt động của doanh nghiệp; Bảo đảm bên bán thực hiện đúng quy trình, các bước đã thỏa thuận để giao dịch được thực hiện đúng, bảo đảm quyền lợi của bên mua. Do đó, trong quá trình đàm phán sơ bộ, Luật sư của bên mua cần nêu ra những vấn đề trên và các vấn đề đã được phát hiện trong Bước 1 để xác định bên bán có khả năng đáp ứng nhu cầu của bên mua theo giao dịch hay không.

Toàn bộ thông tin liên quan đến quá trình thành lập, hoạt động, tổ chức quản lý của doanh nghiệp bị thâu tóm sẽ được tiết lộ trong quá trình thẩm định pháp lý. Điều này sẽ ảnh hưởng lớn đến hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp, đặc biệt trong trường hợp giao dịch mua bán không thành công và các thông tin bị rò rỉ. Do vậy, Luật sư của bên bán cần yêu cầu bên mua và các tư vấn, nhân viên của bên mua có cam kết về bảo mật thông tin và trách nhiệm bồi thường khi vi phạm. Thông thường, các bên sẽ ký một thỏa thuận bảo mật với các quy định chặt chẽ trước khi tham gia đàm phán và ký MOU. Trong một số trường hợp khác, điều khoản bảo mật được quy định tại MOU.

Một số lưu ý trong bước 2:

- Sau bước tìm hiểu, các bên có thể xác định được tương đối tính phù hợp của đối tác, doanh nghiệp bị thâu tóm trong giao dịch M&A theo các mục tiêu của mình, do đó, cần trao đổi rõ ràng, thẳng thắn về những mục tiêu mong muốn để đối tác có thể cân nhắc. Nếu mục tiêu phù hợp với nhau, các bên có thể tiếp tục thực hiện những bước tiếp theo như lập MOU, thẩm định chi tiết;

- Giai đoạn đàm phán sơ bộ chỉ nhằm giúp các bên hiểu rõ nhau. Do đó, Luật sư không nên làm nội dung của đàm phán sơ bộ trở nên phức tạp, chi tiết, đặc biệt là trong bối cảnh các bên chưa có đầy đủ thông tin về nhau;

- Các Luật sư cũng cần trao đổi rõ ràng với khách hàng về khoản thù lao của Luật sư khi tham gia giao dịch để các khách hàng có thể xác định được chi phí của giao dịch. Trong trường hợp thù lao Luật sư của các bên đều do bên mua thanh toán, Luật sư của bên bán hoặc doanh nghiệp bị thâu tóm cần có điều khoản không xung đột lợi ích đối với bên ký hợp đồng và/hoặc bên thanh toán thù lao cho mình.

c) Bước 3 - Lập Biên bản ghi nhớ (MOU):

MOU là văn bản thể hiện sự thỏa thuận giữa bên mua và bên bán đối với các vấn đề pháp lý và thương mại trước khi các bên bước vào giai đoạn thẩm định chi tiết. Luật sư cần phải dựa vào tính chất, nội dung của từng giao dịch để tư vấn cho các bên khi đàm phán sơ bộ có cần phải ký một MOU trước giai đoạn thẩm định chi tiết hay không.

Một MOU bao gồm các điều khoản sau:

- Mục tiêu/đối tượng giao dịch;
- Vấn đề độc quyền trong giao dịch mua lại vốn điều lệ;
- Thời gian bên mua tiến hành thẩm định pháp lý;
- Bảo mật thông tin (trong trường hợp các bên không ký thỏa thuận bảo mật riêng như gợi ý ở trên);
- Ghi nhận sơ bộ về giá hay cơ cấu giá;
- Cam kết và bảo đảm của các bên;
- Hiệu lực của MOU;
- Phân chia chi phí trong trường hợp giao dịch không thành công;
- Đặt cọc;
- Luật áp dụng;
- Phương thức giải quyết tranh chấp;
- Các điều khoản chung.

Trong giai đoạn soạn thảo MOU, Luật sư của mỗi bên thường có những quan tâm khác nhau trong giao dịch. Dưới đây là những gợi ý đối với Luật sư của từng bên tham gia vào quá trình lập MOU.

- Đối với bên bán:

+ Tính ràng buộc pháp lý của MOU:

Thông thường tham gia ký kết MOU đồng nghĩa với việc bên bán sẽ chịu ràng buộc pháp lý đối với các nghĩa vụ trong thời hạn được quy định tại MOU và làm giảm cơ hội của bên bán đối với việc tiếp cận bên mua tiềm năng khác. Do vậy, Luật sư của bên bán nên tìm phương án để hạn chế đến mức thấp nhất tính ràng buộc pháp lý của MOU đối với bên bán.

+ Vấn đề độc quyền giao dịch:

Điều khoản độc quyền là điều khoản giành quyền ưu tiên mua phần vốn điều lệ cho bên mua và hạn chế quyền tham gia các giao dịch liên quan đến mua bán phần vốn đối với bên thứ ba của bên bán trong thời hạn của MOU. Do vậy, trong MOU, Luật sư của bên bán cần lưu ý tới điều khoản độc quyền sao cho bên bán có cơ hội tối đa trong tìm kiếm đối tác mới.

+ Thời hạn thẩm định chi tiết:

Bên bán thường mong muốn thời hạn thẩm định chi tiết diễn ra nhanh chóng để hoàn thành giao dịch và nhận được tiền hoặc có cơ hội tiếp cận với bên mua tiềm năng khác. Ngoài ra, quá trình thẩm định pháp lý của bên mua sẽ ảnh hưởng đáng kể đến hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp bị thâu tóm. Do đó, Luật sư cần tìm cách thỏa thuận sao cho thời hạn thẩm định quy định trong MOU ngắn nhất có thể.

+ Đặt cọc và xử lý khoản tiền đặt cọc:

Việc yêu cầu bên mua đặt cọc trước khi tham gia chính thức vào quá trình thẩm định chi tiết nhằm bảo đảm quyền lợi cho bên bán khi chấp thuận tiết lộ các thông tin kinh doanh, bí mật sản xuất, công nghệ làm ảnh hưởng đến hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp bị thâu tóm. Do vậy, Luật sư của bên bán cần phải có yêu cầu này trong giao dịch M&A với các điều kiện cụ thể cho việc giải ngân khoản đặt cọc.

Trong trường hợp bên mua là nhà đầu tư nước ngoài thì Luật sư cần phải lưu ý tới các quy định pháp luật về quản lý ngoại hối cho giao dịch chuyển tiền vào và ra khỏi lãnh thổ Việt Nam.

- Đối với bên mua:

+ Vấn đề độc quyền:

Bên mua sẽ có nhiều lợi thế đối với bên bán trong trường hợp điều khoản độc quyền được ghi nhận tại MOU. Với điều khoản độc quyền, bên mua được dành quyền ưu tiên mua theo thời hạn được quy định trong MOU và có nhiều lợi thế để loại bỏ các đối thủ cạnh tranh. Do vậy, ngoại trừ trường hợp bên bán là bên có lợi thế trong giao dịch, Luật sư của bên mua nên chú ý tới việc đưa điều khoản độc quyền vào MOU để tránh mất thời gian, chi phí của bên mua trong giao dịch. Đây cũng là điều khoản thể hiện thiện chí và nỗ lực của bên mua trong giao dịch M&A với bên bán.

+ Thời hạn thẩm định pháp lý:

Ngược lại với bên bán, bên mua luôn mong muốn một thời hạn thẩm định pháp lý dài hoặc ít nhất là nằm trong kế hoạch của bên bán để quá trình này được thực hiện một cách kỹ lưỡng, hiệu quả, tránh các sai sót và rủi ro cho giao dịch.

+ Đặt cọc và xử lý khoản tiền đặt cọc:

Luật sư của bên mua cần tính toán, đàm phán về khả năng không phải đặt cọc để tránh việc bị chiếm dụng vốn, mất phí chuyển tiền hoặc điều kiện chuyển tiền qua biên giới. Trong trường hợp không tránh được việc đặt cọc, Luật sư của bên mua cần phải chú ý tới phương án sử dụng và xử lý khoản tiền đặt cọc trong trường hợp giao dịch không thành công.

Một số lưu ý trong Bước 3:

Ngoài MOU, tùy thuộc vào nhu cầu thâu tóm, các bên có thể ký luôn các điều khoản cơ bản của hợp đồng mua bán (term sheet) theo như Bước 5 dưới đây và cam kết bảo mật hay thỏa thuận không tiết lộ thông tin (non-disclosure agreement), thỏa thuận độc quyền, hoặc những thỏa thuận tạm thời khác trước khi ký hợp đồng mua bán chính thức.

d) Bước 4 - Thẩm định chi tiết:

- Thẩm định tình trạng pháp lý:

Quá trình thẩm định chi tiết do bên mua tiến hành. Do đó, các mô tả dưới đây sẽ chỉ tập trung vào các công việc mà Luật sư của bên mua thực hiện trong quá trình thẩm định. Theo các nội dung này, Luật sư của bên bán sẽ hiểu được trách nhiệm và công việc phải làm của mình. Khi thẩm định tình trạng pháp lý, bên mua thường tập trung thẩm định các tài liệu sau:

+ Rà soát các loại giấy phép, chấp thuận của các cơ quan nhà nước đối với doanh nghiệp bị thâu tóm hoặc các đơn vị phụ thuộc doanh nghiệp bị thâu tóm (như Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, Giấy chứng nhận đầu tư, Giấy chứng nhận hoạt động, Giấy phép kinh doanh, v.v.). Khi rà soát các tài liệu pháp lý này, bên bán cần đặc biệt lưu ý đến các giấy phép, điều kiện kinh doanh áp dụng đối với hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp bị thâu tóm chứng minh doanh nghiệp đã đáp ứng đủ điều kiện theo đúng quy định pháp luật;

+ Rà soát các văn bản về tổ chức và quản lý của doanh nghiệp như điều lệ, thỏa thuận nội bộ, quy chế, các văn bản được ban hành bởi Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng thành viên, Hội đồng quản trị liên quan đến tổ chức, quản lý doanh nghiệp. Mục tiêu rà soát của bên mua là xác định các thủ tục nội bộ mà bên bán cần thực hiện liên quan đến giao dịch mua bán, đồng thời xác định hiệu lực pháp lý của các văn bản do Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng thành viên, Hội đồng quản trị ban hành, từ đó phát hiện các rủi ro đối với những tài liệu được ban hành không đúng thẩm quyền;

+ Rà soát ngành nghề hoạt động của doanh nghiệp là một công việc quan trọng để xác định các giới hạn, điều kiện đầu tư của bên mua (đặc biệt trong trường hợp bên mua là nhà đầu tư nước ngoài). Hoạt động này cũng giúp xác định thủ tục pháp lý mà các bên cần tiến hành để xin các chấp thuận, giấy phép cần thiết từ các cơ quan có thẩm quyền liên quan đến giao dịch. Khi rà soát ngành nghề kinh doanh của doanh nghiệp, Luật sư của bên mua cần phân tích và đối chiếu

với Biểu cam kết dịch vụ của Việt Nam khi gia nhập WTO ở các khía cạnh: Ngành nghề Việt Nam cam kết mở cửa thị trường toàn bộ cho nhà đầu tư nước ngoài; Ngành nghề Việt Nam loại trừ ra khỏi phạm vi cam kết; Ngành nghề Việt Nam không cam kết mở cửa thị trường; Ngành nghề hạn chế tỷ lệ góp vốn của nhà đầu tư hoặc nhà đầu tư phải đáp ứng các điều kiện nhất định. Tùy theo quốc tịch của nhà đầu tư, Luật sư của bên mua cũng sẽ tiến hành phân tích và đối chiếu với các hiệp định song phương, các điều ước quốc tế của Việt Nam trong khối Asean, v.v.. Ngoài ra, Luật sư cũng cần rà soát các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành, đặc biệt là các giới hạn của pháp luật Việt Nam trong việc đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài;

+ Bên mua cần phải rà soát việc hoàn thành các nghĩa vụ góp vốn bằng cách xem xét sổ đăng ký cổ đông và Giấy chứng nhận phần vốn góp đã cấp cho cổ đông, thành viên. Đây là các tài liệu pháp lý chứng minh việc hoàn thành/không hoàn thành nghĩa vụ góp vốn, thanh toán cổ phần của các thành viên cổ đông hiện hữu. Sau khi xác định nghĩa vụ góp vốn đã hoàn thành, Luật sư cần đối chiếu với các chứng từ chứng minh việc góp vốn (chứng từ tiền mặt, chứng từ ngân hàng, v.v.). Rà soát nghĩa vụ góp vốn giúp bên mua xác định quyền hợp pháp của bên bán đối với phần vốn dự định chuyển nhượng và phương án xử lý trong trường hợp bên bán chưa góp đủ vốn hoặc chưa thanh toán đủ số cổ phần đăng ký mua.

- *Thẩm định tài sản:*

Việc thẩm định tài sản của doanh nghiệp bị thâu tóm có ý nghĩa xác định giá trị (bao gồm giá trị pháp lý và giá trị tài chính) của phần vốn dự định chuyển nhượng, thông qua đó, bên mua và bên bán sẽ quyết định việc ký kết và thực hiện hợp đồng mua bán.

Khi thẩm định tài sản, Luật sư của bên mua cần thực hiện theo quy trình sau:

+ Xác định tài sản cần thẩm định:

Tài sản cần thẩm định của doanh nghiệp gồm có hai nhóm tài sản chính:

Nhóm tài sản hữu hình: Đất đai, nhà xưởng, khu văn phòng, phương tiện vận tải, máy móc thiết bị, nguyên vật liệu sử dụng trong hoạt động sản xuất và/hoặc vận hành;

Nhóm tài sản vô hình, gồm có:

Thứ nhất, nhóm tài sản vô hình thuộc đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ, bao gồm: Quyền tác giả đối với tác phẩm; Quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu, sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn, tên thương mại, bí mật kinh doanh, chỉ dẫn địa lý; Quyền sở hữu đối với giống cây trồng; Các quyền sở hữu, sử dụng công nghệ, chuyển giao công nghệ; Quyền sở hữu đối với công nghệ độc quyền, công nghệ có khả năng phát triển và phổ biến, v.v.;

Thứ hai, nhân lực của doanh nghiệp, trong đó bao gồm: Trí tuệ, kiến thức, năng lực chuyên môn, khả năng lao động, vận hành của người lao động, uy tín và năng lực của thành viên, cổ đông và các lao động chủ chốt khác, bao gồm: Các cố vấn, chuyên gia, đội ngũ lãnh đạo của doanh nghiệp;

Thứ ba, các lợi thế kinh doanh và lợi thế pháp lý của doanh nghiệp, bao gồm: Hệ thống các cửa hàng, đại lý phân phối và mạng lưới khách hàng, đối tác của doanh nghiệp trong thị trường, thị phần mà doanh nghiệp hiện đang nắm giữ trong lĩnh vực đang kinh doanh, vị thế cạnh tranh của doanh nghiệp trong lĩnh vực đó; Các giấy phép độc quyền, giấy phép đối với lĩnh vực ngành nghề kinh doanh có điều kiện, giấy phép khai thác khoáng sản; Những ưu đãi áp dụng đối với doanh nghiệp hoặc dự án của doanh nghiệp.

Tài sản thẩm định cần phải được xác định đầy đủ, rõ ràng, thông qua đó có thể xác định tình trạng pháp lý thực tế của tài sản. Tùy thuộc vào từng lĩnh vực hoạt động và tình trạng pháp lý cụ thể của doanh nghiệp, Luật sư cần xác định các tài sản cần thẩm định phù hợp.

+ Chuẩn bị danh mục thông tin tài sản cần thẩm định, gửi yêu cầu cung cấp và tiến hành thẩm định:

Sau khi đã xác định loại tài sản cần thẩm định, Luật sư của bên mua lập danh mục các tài sản thẩm định và thông tin cần thu thập để yêu cầu bên bán hoặc Luật sư của bên bán cung cấp.

Đối với nhóm tài sản hữu hình:

*Thứ nhất, v*ới tài sản là đất đai và tài sản trên đất: Luật sư cần yêu cầu cung cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất, các bản vẽ, sơ đồ, quyết định cấp quyền sử dụng đất, quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất, hợp đồng giao đất, cho thuê đất và các thông tin khác về nguồn gốc của tài sản, thông tin đăng ký quyền sở hữu/sử dụng tài sản, thời hạn sử dụng, việc thực hiện các nghĩa vụ tài sản đối với đất đai và tài sản gắn liền với đất, các hợp đồng thế chấp, hợp đồng cho thuê đối với đất, tài sản gắn liền với đất, các thông tin tài liệu liên quan đến thực tế thực hiện quyền sử dụng/sở hữu tài sản và các tranh chấp về quyền sử dụng/sở hữu tài sản.

Thứ hai, với tài sản là phương tiện vận tải: Luật sư cần yêu cầu cung cấp giấy tờ đăng ký sở hữu của các phương tiện vận tải, các tài liệu kỹ thuật, các giấy tờ về đăng kiểm, kiểm định và giấy chứng nhận bảo hiểm trách nhiệm bắt buộc của các phương tiện.

*Thứ ba, v*ới tài sản là máy móc, thiết bị: Luật sư cần yêu cầu cung cấp danh mục tài sản là máy móc thiết bị, các tài liệu kỹ thuật và các chứng từ chứng minh nguồn gốc, chất lượng của máy móc, thiết bị.

Thứ tư, với tài sản là nguyên vật liệu, hàng hóa đang sử dụng: Luật sư cần yêu cầu cung cấp danh mục tài sản là các nguyên liệu, hàng hóa, bao gồm cả các hàng hóa tồn kho và đang sử dụng, chứng từ chứng minh nguồn gốc của nguyên vật liệu, hàng hóa đang sử dụng.

Đối với nhóm tài sản vô hình:

Thứ nhất, đối với tài sản vô hình là quyền sở hữu trí tuệ: Luật sư cần yêu cầu cung cấp giấy chứng nhận/văn bằng bảo hộ của tài sản là quyền sở hữu trí tuệ và/hoặc các thông tin, tài liệu chứng minh quyền sở hữu/sử dụng tài sản vô hình là quyền sở hữu trí tuệ của doanh nghiệp và các hồ sơ pháp lý có liên quan đến việc đăng ký quyền sở hữu trí tuệ.

Thứ hai, đối với tài sản vô hình khác: Luật sư cần yêu cầu cung cấp danh sách lao động và lao động chủ chốt của doanh nghiệp, danh sách khách hàng và các đối tác mà doanh nghiệp đang cung cấp dịch vụ và/hoặc thực hiện hoạt động kinh doanh và một số tài liệu liên quan.

+ Thực hiện thẩm định:

Sau khi nhận được tài liệu và thông tin về tài sản do bên bán cung cấp, bên mua tiến hành thẩm định pháp lý các tài liệu, thông tin này nhằm làm rõ các vấn đề sau:

Thứ nhất, quyền sở hữu tài sản của bên bán/doanh nghiệp, bao gồm: Đối tượng được quyền sở hữu/sử dụng tài sản; Phạm vi thực hiện quyền sở hữu/sử dụng tài sản; Thời hạn sở hữu/sử dụng tài sản;

Thứ hai, các yêu cầu về nghĩa vụ của người sở hữu/sử dụng tài sản đã được bên bán/doanh nghiệp hoàn thành hay chưa;

Thứ ba, các tranh chấp, quan hệ với bên thứ ba đối với việc thực hiện quyền sở hữu/sử dụng tài sản;

Thứ tư, khả năng chuyển giao thành công các tài sản này cho bên mua.

Hoạt động thẩm định đối với tài sản vô hình là nguồn nhân lực và hợp đồng với khách hàng, đối tác của doanh nghiệp có thể tham khảo phần phân tích về thẩm định, rà soát các hợp đồng của doanh nghiệp với bên thứ ba.

Những vấn đề cần lưu ý khi thẩm định tài sản:

Tùy thuộc vào lĩnh vực hoạt động của doanh nghiệp và mục tiêu của bên mua, việc xác định tài sản thẩm định và mục tiêu của hoạt động thẩm định tài sản trong từng trường hợp sẽ khác nhau. Do đó, danh mục tài sản cần thẩm định và cách thức thực hiện thẩm định tài sản trong từng trường hợp là khác nhau.

Bên cạnh việc thẩm định giá trị pháp lý, việc thẩm định tài sản còn đòi hỏi phải tiến hành thẩm định ở khía cạnh tài chính, qua đó, giá trị tài sản phải được thể hiện trung thực trong sổ sách kế toán và các tài liệu tài chính của doanh nghiệp. Do đó, bên bán cần lưu ý để có sự phối hợp phù hợp với nhóm/người phụ trách thẩm định tài chính của bên mua đối với các tài sản cần thẩm định.

Việc thẩm định tài sản đòi hỏi bên mua phải vận dụng nhiều quy định pháp luật ở các lĩnh vực khác nhau để xem xét giá trị pháp lý của

tài sản cần thẩm định. Ví dụ, thẩm định tài sản là bất động sản (đất đai, nhà xưởng, công trình xây dựng, tòa nhà văn phòng, v.v.) đòi hỏi Luật sư phải vận dụng các quy định pháp luật trong lĩnh vực đất đai, pháp luật kinh doanh bất động sản, pháp luật về nhà ở, pháp luật về xây dựng, pháp luật bảo hiểm (như bảo hiểm công trình), pháp luật về phí, lệ phí, tiền thuê đất, pháp luật về giao dịch bảo đảm (thế chấp, cầm cố tài sản), v.v., qua đó xác định giá trị pháp lý của tài sản và rủi ro cũng như khả năng chuyển giao thành công tài sản cho bên mua.

- *Thẩm định lao động*:

Những vấn đề lao động của doanh nghiệp bị thâu tóm cần được thẩm định chi tiết bao gồm:

+ Các tài liệu pháp lý hiện hành liên quan đến lao động cần rà soát: Thỏa ước lao động tập thể, nội quy lao động, hợp đồng lao động, công đoàn, tài liệu thể hiện tranh chấp lao động (nếu có). Mục tiêu của việc rà soát là để đánh giá hiệu lực pháp lý của các tài liệu này, từ đó tìm giải pháp khắc phục trong trường hợp có tài liệu/quy định không phù hợp với pháp luật. Thông qua việc rà soát và đánh giá các tài liệu pháp lý hiện hành của doanh nghiệp, Luật sư có thể tiên liệu rủi ro trong việc khắc phục các quy định/tài liệu không phù hợp (chi phí soạn thảo, khả năng người lao động chấm dứt hợp đồng lao động, v.v.). Ngoài ra, trong quá trình thẩm định, Luật sư của bên mua cũng cần lưu ý đến quá trình thông báo các tài liệu pháp lý nêu trên đến người lao động. Đây chính là cơ sở thực tiễn để đánh giá tính hiệu lực và thực thi các tài liệu pháp lý nêu trên;

+ Các chế độ hiện hành người lao động đang được hưởng: Lương, thưởng, làm thêm giờ, nghỉ hằng năm, các chế độ nghỉ khác, đóng bảo hiểm, công đoàn, v.v.. Mục tiêu của việc thẩm định là để tìm ra những chế độ, chính sách không phù hợp, từ đó tiên liệu rủi ro về chi phí phải chi trả cho người lao động, truy thu vào ngân sách nhà nước, việc xử phạt vi phạm hành chính và chi phí để khắc phục sai phạm (soạn thảo lại tài liệu, văn bản, v.v.);

+ Số lượng lao động của doanh nghiệp bị thâu tóm: Số lượng lao động làm việc theo các bộ phận, số lượng lao động nghỉ theo tháng, năm. Thông thường, trong các thương vụ M&A, khi kiểm tra biến động lao động, hầu hết các trường hợp bên mua chỉ kiểm tra biến động giao dịch trong ba năm gần nhất để đánh giá mà ít khi kiểm tra biến động trong toàn bộ thời gian hoạt động của doanh nghiệp. Với việc đánh giá mức độ ổn định nhân sự của doanh nghiệp, Luật sư có thể tiên liệu rủi ro của việc lao động nghỉ việc hoặc tuyển dụng lao động mới, dự kiến chi phí tài chính cho nhân sự liên quan đến việc chấm dứt hợp đồng lao động và tuyển dụng lao động mới;

+ Cơ cấu lao động: Đây cũng là một vấn đề được thẩm định rõ ràng để giúp bên mua hình dung một cách rõ nhất về cơ cấu hoạt động của doanh nghiệp. Thông thường, bên mua sẽ yêu cầu bên bán cung cấp sơ đồ cơ cấu tổ chức hoạt động của doanh nghiệp. Qua sơ đồ này, cùng với những thông tin về sự tương tác giữa các nhân viên, phòng ban, bên mua có thể xác định được những lao động then chốt, cần thiết phải giữ lại hoặc khả năng có thể thay thế, bổ sung;

+ Các trường hợp chấm dứt hợp đồng lao động và tình trạng xử lý các khoản phải trả cũng cần được đánh giá.

- Thẩm định hợp đồng với bên thứ ba:

Hầu hết những hoạt động kinh doanh hoặc hoạt động nội bộ của doanh nghiệp đều có khả năng bị chi phối bởi các hợp đồng. Do vậy, rà soát hợp đồng với bên thứ ba là một phần quan trọng trong hoạt động thẩm định chi tiết. Việc rà soát và phân tích hợp đồng không chỉ giúp bên mua đánh giá tiềm năng của các giao dịch mà còn cung cấp cái nhìn khách quan hơn về mối quan hệ của bên bán với các đối tác, khách hàng thường xuyên, khách hàng vãng lai, v.v.. Tất cả những nội dung đánh giá nêu trên sẽ thể hiện được "tình trạng sức khỏe của doanh nghiệp" cũng như một số vấn đề pháp lý có khả năng phát sinh mà bên mua cần lưu tâm.

Các hợp đồng có thể có cấu trúc và đặc điểm khác nhau. Một trong những thử thách của quá trình thẩm định là việc nghiên cứu toàn bộ hệ thống hợp đồng của doanh nghiệp bị thâu tóm và xác định nhanh chóng

những nội dung, điều khoản quan trọng. Để tránh thiếu sót khi tiến hành tổng quát hóa hệ thống hợp đồng của một doanh nghiệp, bên mua thực hiện thẩm định theo từng bước cụ thể như sau:

+ Phân loại hợp đồng:

Phân loại hợp đồng giúp bên mua chia nhỏ mục tiêu thẩm định, rà soát một cách có định hướng và hiệu quả đối với hệ thống hợp đồng, giao dịch của bên bán. Lĩnh vực hoạt động là yếu tố căn bản để phân loại hợp đồng, trên cơ sở đó xác định được những tiêu chí cần thiết cho quá trình thẩm định.

Dựa trên đối tượng của hợp đồng, bên mua có thể phân chia hợp đồng thành những nhóm nhỏ bao gồm: Hợp đồng cung cấp dịch vụ, hợp đồng mua bán hàng hóa/tài sản, hợp đồng liên quan đến giao dịch nội bộ, v.v..

Dựa trên đặc điểm của các bên tham gia hợp đồng, bên mua có thể phân chia thành: Hợp đồng với khách hàng thường xuyên, hợp đồng với khách hàng vãng lai, hợp đồng với nhà phân phối, hợp đồng với đại lý, v.v..

Dựa trên quá trình hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp bị thâu tóm, các hợp đồng có thể phân loại thành hai nhóm chính: Hợp đồng đầu vào và hợp đồng đầu ra. Trong đó, hợp đồng đầu vào bao gồm: Hợp đồng vay vốn, hợp đồng lao động, hợp đồng thuê kho/nhà xưởng/văn phòng/thiết bị, hợp đồng xây dựng, hợp đồng mua hàng hóa, tài sản, nguyên vật liệu, v.v.. Hợp đồng đầu ra bao gồm: Hợp đồng cung ứng dịch vụ hoặc hợp đồng tư vấn hoặc hợp đồng bán hàng hóa, hợp đồng chuyển giao công nghệ, hợp đồng hợp tác kinh doanh, v.v..

+ Xác định đối tượng hợp đồng:

Đối tượng của hợp đồng, hay nói cách khác là nội dung giao dịch, nội dung thỏa thuận trong hợp đồng sẽ là yếu tố quan trọng để bên mua xác định quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia hợp đồng, từ đó, xác định được những vấn đề quan trọng trong hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp như: Chiến lược kinh doanh, thị trường, nhóm khách hàng và những yếu tố tác động đến nhu cầu, tần suất hợp tác của khách hàng với doanh nghiệp bị thâu tóm, v.v..

+ Kiểm tra các điều khoản cần lưu ý trong hợp đồng:

Các điều khoản thương mại: Bao gồm các điều khoản về giá/phí của hợp đồng, phương thức thanh toán, thời hạn thanh toán. Từ những điều khoản này, bên mua sẽ xác định được nghĩa vụ tài chính hoặc lợi thế về mặt tài chính của doanh nghiệp.

Các điều khoản về cam kết hoặc quyền và nghĩa vụ của các bên chính là nội dung cốt lõi của một hợp đồng. Việc xác định những nghĩa vụ và quyền lợi của doanh nghiệp bị thâu tóm đối với đối tác, khách hàng sẽ giúp bên mua cân nhắc thêm rằng liệu có nên tiếp tục thực hiện những nghĩa vụ đó không hoặc nên điều chỉnh những nghĩa vụ hợp đồng này trong tương lai như thế nào. Ngoài ra, quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng cũng chính là những chi tiết để bên mua nhận định về trách nhiệm pháp lý của mình sau khi thực hiện thương vụ M&A, từ đó, bên mua sẽ có quyết định phù hợp khi thương lượng giá mua bán doanh nghiệp và lựa chọn tham gia thương vụ.

Điều khoản đặc trưng liên quan đến các sản phẩm mang tính thương hiệu: Một số doanh nghiệp có lợi thế liên quan đến các sản phẩm thương hiệu, có lợi thế thương mại đối với các đối tác. Luật sư của bên mua cần chú trọng đến những điều khoản liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ, chuyển giao công nghệ, hay thậm chí là thỏa thuận về người lao động chịu trách nhiệm thiết kế hình ảnh và marketing cho thương hiệu. Giá trị của sản phẩm mang bản sắc nhận diện thương hiệu sẽ nâng cao hiệu quả các chiến dịch truyền thông hoặc marketing trong tương lai cũng như tạo lợi thế cạnh tranh trên thị trường cho bên mua.

- Thẩm định hồ sơ tranh chấp, khiếu nại, khiếu kiện:

Việc kiểm tra, rà soát hồ sơ tranh chấp, khiếu nại, khiếu kiện của doanh nghiệp để xác định những tranh chấp trong nội bộ doanh nghiệp, tranh chấp giữa doanh nghiệp với người lao động và các vấn đề phát sinh giữa doanh nghiệp với khách hàng, đối tác, cơ quan có thẩm quyền, v.v., giúp Luật sư của bên mua có cái nhìn tổng quan về rủi ro pháp lý của doanh nghiệp bị thâu tóm để hoạch định các vấn đề

về quản trị nội bộ, lao động, quan hệ khách hàng, đối tác, cơ quan có thẩm quyền và bên thứ ba khác.

Tranh chấp trong nội bộ doanh nghiệp là tranh chấp giữa doanh nghiệp với các thành viên của doanh nghiệp, tranh chấp giữa doanh nghiệp với người quản lý doanh nghiệp, tranh chấp giữa các thành viên của công ty với nhau liên quan đến việc thành lập, hoạt động, giải thể, sáp nhập, hợp nhất, chia, tách, bàn giao tài sản của doanh nghiệp, chuyển đổi hình thức tổ chức của doanh nghiệp. Nghiên cứu các tranh chấp trong nội bộ doanh nghiệp giúp bên mua xác định những xung đột lợi ích, xung đột trong tổ chức, quản lý, điều hành doanh nghiệp, từ đó hoạch định phương án giải quyết (điều tiết lợi ích, phân chia quyền lực trong doanh nghiệp một cách hiệu quả) hoặc những khó khăn phải đối mặt khi trở thành thành viên của doanh nghiệp bị thâu tóm.

Bên cạnh tranh chấp trong nội bộ của doanh nghiệp, Luật sư của bên mua cũng cần rà soát các tranh chấp giữa doanh nghiệp bị thâu tóm với người lao động của doanh nghiệp. Đây là những tranh chấp về quyền và lợi ích phát sinh trong quan hệ lao động giữa người lao động, tập thể người lao động và doanh nghiệp. Ngoài mục đích xác định rủi ro pháp lý và rủi ro tài chính của doanh nghiệp khi xử lý tranh chấp lao động, việc rà soát tranh chấp lao động giúp bên mua hiểu rõ tình hình sử dụng lao động, đặc thù lao động của doanh nghiệp từ đó xây dựng phương án quản trị nhân sự phù hợp.

- Thẩm định tài chính:

Tài chính là một trong những vấn đề được bên mua quan tâm hàng đầu trong suốt cả quá trình M&A. Để tìm hiểu về tình hình tài chính của doanh nghiệp bị thâu tóm, Luật sư của bên mua cần sử dụng các phương pháp thẩm định tài chính (phương pháp tài sản, phương pháp chiết khấu dòng tiền, phương pháp tỷ số so sánh, v.v.) dựa trên các báo cáo tài chính kiểm toán và hồ sơ tài chính kế toán bên bán cung cấp.

Các báo cáo tài chính và các bản khai thuế của doanh nghiệp bị thâu tóm tối thiểu trong vòng 3 - 5 năm trước liền kề cần được thẩm định để

đánh giá tình trạng tài chính hiện tại và xu hướng trong tương lai. Các báo cáo tài chính này có thể đã được kiểm toán hoặc có thể chưa được kiểm toán bởi một kiểm toán độc lập.

Một số lưu ý trong Bước 4:

- Tùy thuộc vào khả năng tư vấn của bên mua hoặc bên bán, Luật sư có thể phải phối hợp với các dịch vụ tư vấn khác nhau để giúp đỡ cho từng bên trong giao dịch M&A, như tư vấn tài chính, tư vấn lao động, v.v.. Trong một số giao dịch M&A có giá trị nhỏ hoặc khách hàng tiết kiệm chi phí tư vấn và chỉ sử dụng dịch vụ luật sư, Luật sư có thể phải thực hiện việc thẩm định ở nhiều khía cạnh kinh doanh của doanh nghiệp bị thâu tóm. Trong trường hợp này, Luật sư cần lưu ý tới khả năng đáp ứng dịch vụ, kinh nghiệm của mình đối với hoạt động kinh doanh trong các lĩnh vực liên quan để xác định rõ phạm vi trách nhiệm của Luật sư trong việc thẩm định.

- Đánh giá các loại hợp đồng của doanh nghiệp bị thâu tóm đang ký kết với bên thứ ba, như hợp đồng cung cấp hàng hoá/dịch vụ (vãng lai, thường xuyên), tính chất của hợp đồng; các điều kiện kinh doanh chuẩn mực đang áp dụng, v.v., sẽ giúp cho bên mua xác định được các trách nhiệm, rủi ro, lợi ích mà bên mua sẽ gặp trong tương lai. Những thông tin này ảnh hưởng tới giá trị của giao dịch.

- Tranh chấp, khiếu kiện giữa doanh nghiệp và cơ quan có thẩm quyền, các khách hàng, đối tác của doanh nghiệp là những vấn đề mà bên mua cần rà soát kỹ lưỡng trong quá trình thẩm định chi tiết. Khi rà soát, bên mua thường cần phân tích và làm rõ các vấn đề sau: Nội dung tranh chấp, khiếu kiện; lý do tranh chấp, khiếu kiện; quá trình giải quyết tranh chấp, khiếu kiện; hậu quả pháp lý của tranh chấp, khiếu kiện, từ đó xác định các nghĩa vụ doanh nghiệp còn phải thực hiện liên quan đến tranh chấp, khiếu kiện cũng như những ảnh hưởng liên quan đến hoạt động kinh doanh, uy tín của doanh nghiệp.

- Những Luật sư có trình độ kế toán, tài chính thích hợp, đủ tiêu chuẩn có thể tham gia vào quá trình thẩm định tài chính. Đối với

các trường hợp còn lại, Luật sư nên khuyên bên mua sử dụng dịch vụ thẩm định tài chính của đơn vị chuyên nghiệp và độc lập về kiểm toán - kế toán, Luật sư cần phải phối hợp với đơn vị thẩm định tài chính để xác định các yếu tố pháp lý của các giao dịch, số liệu tài chính.

- Khi thẩm định tài liệu, Luật sư cần thẳng thắn nêu các quan ngại về những vấn đề được phát hiện trong quá trình thẩm định để các bên cân nhắc hoặc giải thích những yếu tố tiềm ẩn mà không thể nhận biết qua tài liệu.

- Luật sư của bên bán và Luật sư của bên mua cần có sự hợp tác chặt chẽ, thẳng thắn với nhau trong quá trình thẩm định để bảo đảm các bên đều hiểu rõ những vấn đề đang tồn tại của doanh nghiệp và tiết kiệm thời gian cho việc thẩm định.

đ) Bước 5 - Lập bản điều khoản cơ bản:

Kết quả thẩm định pháp lý và tài chính về doanh nghiệp bị thâu tóm giúp cho bên mua và bên bán xác định việc thâu tóm và lập bản các điều khoản cơ bản của giao dịch (term sheet) và/hoặc ký kết hợp đồng mua bán.

Thông thường, việc đàm phán và ký kết hợp đồng mua bán thường diễn ra lâu nên để tránh mất thời gian cho khách hàng, Luật sư của các bên thường lập trước một bản điều khoản cơ bản để các bên (khách hàng) cung cấp các yêu cầu, mục tiêu của các bên đối với giao dịch M&A. Bản điều khoản cơ bản thường được lập dưới dạng những đoạn văn (gạch đầu dòng) để làm nổi bật những nội dung cơ bản của một hợp đồng mua bán. Thông thường, các bản điều khoản cơ bản này không có giá trị ràng buộc phải thực hiện mà chỉ nhằm giúp cho các bên, đặc biệt là Luật sư của các bên, có được những định hướng, nội dung cơ bản khi đàm phán và ký kết hợp đồng mua bán. Một bản điều khoản cơ bản thường có những nội dung sau:

- Thông tin của các bên giao kết;
- Căn cứ xác lập giao dịch hay mục tiêu giao dịch của các bên;
- Cấu trúc của giao dịch M&A;

- Cam kết và bảo đảm;
- Giá mua;
- Thời hạn thực hiện và hoàn tất giao dịch;
- Chống pha loãng giá trị cổ phiếu/phần vốn góp (anti-dilution);
- Quy định về quyền kéo theo quyền chuyển nhượng cổ phiếu.

Một số lưu ý trong Bước 5:

- Tùy theo nhu cầu về thời gian thực hiện M&A của các bên, Luật sư có thể tư vấn cho các bên thỏa thuận trước các điều khoản cơ bản của hợp đồng mua bán hoặc đàm phán và ký kết luôn hợp đồng.

- Bản điều khoản cơ bản chỉ nên có các nội dung chính mà không nên đi vào các chi tiết của giao dịch, tài sản. Các thỏa thuận chi tiết sẽ được Luật sư đàm phán và thảo luận kỹ hơn ở bước kế tiếp về hợp đồng mua bán.

- Tùy thuộc vào từng giao dịch cụ thể mà các bên có thể quy định các bước thực hiện, các thỏa thuận về tài khoản bảo đảm (escrow account), đặt cọc, tài khoản giao dịch, các điều kiện về thanh toán đặc thù, v.v..

e) Bước 6 - Hợp đồng mua bán cổ phần/phần vốn góp:

Dưới góc độ xem xét các mục tiêu của bên bán và bên mua trong giao dịch thâu tóm vốn điều lệ, hợp đồng mua bán thường gồm các điều khoản chính sau:

- *Thông tin của các bên giao kết hợp đồng:* Thông tin của mỗi bên; địa chỉ; thông tin về các loại giấy phép liên quan đến việc thành lập và hoạt động hợp pháp của mỗi bên; người có thẩm quyền đại diện; chức vụ của người có thẩm quyền đại diện.

- *Phần vốn mua bán:* Ghi nhận thỏa thuận mua bán phần vốn điều lệ, trong đó, thể hiện rõ đối tượng của giao dịch M&A, quyền sở hữu đối với phần vốn của bên bán, quyền và nghĩa vụ kèm theo đối với phần vốn được giao dịch (ví dụ, quyền hưởng cổ tức của bên mua, nghĩa vụ từ bỏ quyền ưu tiên mua của bên bán hoặc các hạn chế khác đặt ra đối với bên mua và/hoặc bên bán, v.v.).

- *Điều kiện tiên quyết:* Các nghĩa vụ phải đáp ứng và chấp nhận các điều kiện theo quy định pháp luật và thỏa thuận của các bên; khả năng miễn trừ các điều kiện phải đáp ứng; ngày đáp ứng các điều kiện; điều kiện giao dịch ngay trong trường hợp không có điều kiện tiên quyết hay giao dịch với các điều kiện tiên quyết.

- *Giá mua và thanh toán:* Ghi nhận giá mua của giao dịch (bao gồm cách tính nếu giá mua có công thức tính riêng theo thỏa thuận của các bên); các bước thanh toán (nếu thanh toán thành nhiều lần); hình thức, thời hạn thanh toán.

- *Cơ chế điều chỉnh giá mua khi hoàn tất giao dịch so với cơ chế giá mua cố định*: Trong nhiều trường hợp thâu tóm, các bên không thể thực hiện được toàn bộ các nghĩa vụ của hợp đồng mua bán hoặc phát sinh những yếu tố mới ảnh hưởng tới cam kết của các bên theo hợp đồng mua bán. Những yếu tố này có thể được các bên chấp thuận bỏ qua để giao dịch M&A được hoàn thành, nhưng có thể phải điều chỉnh lại giá mua của hợp đồng. Luật sư cần phải thảo luận với khách hàng các trường hợp có thể xảy ra và phương án giải quyết để bên mua hay bên bán hình dung và xác định giá mua thay đổi tương ứng.

- *Đặt cọc (nếu có):* Xử lý khoản đặt cọc của giao dịch nếu đã được thực hiện trong các bước trước (MOU, đàm phán sơ bộ, v.v.) hoặc yêu cầu việc đặt cọc nếu trước đó chưa thỏa thuận. Tùy theo từng trường hợp, Luật sư cần phải có những phương án thích hợp về vấn đề này.

- *Cam kết và bảo đảm:* Ghi nhận các cam kết và bảo đảm của các bên đối với nhau liên quan đến phần vốn điều lệ được mua bán, trách nhiệm của các bên, các điều kiện pháp lý liên quan đến giao dịch M&A, v.v..

- *Các khoản bồi thường:* Điều khoản này nhằm bảo vệ cho mỗi bên trước những rủi ro cụ thể đã xác định trong giai đoạn thẩm định, thông thường bao gồm: Thuế, các khoản phải trả theo quy định pháp luật (như lao động, môi trường, chống độc quyền, v.v.), yêu cầu bồi thường của bên thứ ba, v.v..

- *Các cam kết khác liên quan đến việc thực hiện giao dịch và sau khi hoàn tất giao dịch:* Cam kết về các khoản thuế phát sinh liên quan đến

giao dịch M&A, cam kết không cạnh tranh của những người chuyển nhượng vốn, v.v..

- *Các quyền và nghĩa vụ khác của các bên:* Quy định về các quyền và nghĩa vụ của các bên gắn bó mật thiết tới mục tiêu của các bên đối với giao dịch M&A. Điều khoản này cũng gắn với những phát hiện về trách nhiệm phải thực hiện của các bên được xác định trong giai đoạn thẩm định chi tiết.

- *Bảo mật và thông báo:* Quy định này là cần thiết trong trường hợp các bên không ký kết thỏa thuận về bảo mật riêng hoặc muốn sửa đổi các quy định của thỏa thuận bảo mật. Nếu các bên đã có thỏa thuận bảo mật và không muốn sửa đổi thỏa thuận bảo mật đó thì điều khoản này là không cần thiết.

- *Lãi suất chậm thanh toán:* Điều khoản này là rất cần thiết để quy định chế tài khiến bên mua phải thực hiện việc thanh toán đúng hạn.

- *Hoàn tất giao dịch (Completion):* Điều khoản quy định quy trình thực hiện để tiến tới hoàn tất giao dịch, bao gồm nghĩa vụ cung cấp các tài liệu và các khoản thanh toán để hoàn tất giao dịch.

- *Luật áp dụng:* Điều khoản này chỉ áp dụng trong trường hợp một bên tham gia hợp đồng là bên nước ngoài.

- *Giải quyết tranh chấp:* Luật sư cần đề xuất lựa chọn cho khách hàng phương thức giải quyết tranh chấp hợp lý và phù hợp với các bên tham gia hợp đồng, tính chất của hợp đồng và chi phí (có thể phát sinh trong tương lai).

Một số lưu ý trong Bước 6:

- Đối với Luật sư của bên bán:

Nếu mục tiêu của bên bán là nhằm thu hút thêm vốn cho doanh nghiệp bị thâu tóm, các điều khoản về giá mua và thanh toán, cơ chế điều chỉnh giá mua khi hoàn tất giao dịch so với cơ chế giá mua cố định, đặt cọc, lãi suất chậm thanh toán là các điều khoản mà bên bán quan tâm và cần được thể hiện tại hợp đồng mua bán để đạt được mục tiêu bán phần vốn.

Cần xem xét các vấn đề liên quan đến tình trạng pháp lý của bên mua để tư vấn cho bên bán các cách thức xử lý thích hợp trước khi quyết định đưa các điều khoản này vào hợp đồng mua bán.

Cần đánh giá các điều kiện tiên quyết và các điều khoản khác mà bên mua đưa ra trong hợp đồng mua bán để đánh giá khả năng đáp ứng của bên bán và thời gian thực hiện các điều khoản đó.

- Đối với Luật sư của bên mua:

Các điều khoản về điều kiện tiên quyết, bảo đảm, bồi thường, cam kết, bảo mật và thông báo cần phải được chú trọng trong quá trình đàm phán và soạn thảo hợp đồng mua bán. Thông qua đó, bên mua có được quyền sở hữu hợp pháp đối với phần vốn điều lệ được chuyển nhượng, hạn chế được những rủi ro phát sinh và có thể nhận được khoản bồi thường nếu sảy ra sự cố trong quá trình giao dịch.

Vì những tuyên bố và bảo đảm chỉ có hiệu quả khi bên đưa ra chúng đáng tin cậy, nên bên mua cũng cần cân nhắc áp dụng thêm những biện pháp để hạn chế rủi ro khác như điều chỉnh giá, giữ lại một phần giá mua, các bảo đảm của bên thứ ba, bảo hiểm, v.v..

Luật sư tư vấn hoặc nhóm tư vấn tài chính của bên mua cần tư vấn cho bên mua về giá trị của giao dịch M&A.

Cần lưu ý quy định các điều kiện tiên quyết và điều kiện khác áp dụng với bên bán để xác định khả năng đáp ứng của bên bán, khả năng bên mua hỗ trợ bên bán đáp ứng hay tính toán chi phí nếu bên mua thực hiện thay bên bán.

g) Bước 7 - Hoàn thành việc thâu tóm:

Để việc thâu tóm doanh nghiệp được thành công, các bên tham gia hợp đồng mua bán cần phải hoàn thành các yêu cầu, điều kiện của hợp đồng. Trong giai đoạn hoàn thành, mỗi bên sẽ thực hiện các điều kiện tiên quyết và các trách nhiệm khác theo hợp đồng. Giao dịch M&A sẽ thành công khi các điều kiện tiên quyết được đáp ứng hoặc bên có quyền đồng ý từ bỏ điều kiện tiên quyết cho bên có nghĩa vụ.

Do đó, mỗi bên phải cử người phụ trách để thực hiện hoặc theo dõi việc

hoàn thành các điều kiện tiên quyết và các trách nhiệm theo hợp đồng. Dựa vào nội dung của hợp đồng mua bán, Luật sư của mỗi bên cần lập riêng rẽ hoặc lập chung một bảng điều kiện tiên quyết và các trách nhiệm của mỗi bên theo hợp đồng, dự kiến thời gian hoàn thành, bên có trách nhiệm, nghĩa vụ thực hiện các điều kiện, trách nhiệm đó. Khi các bên xác nhận cho nhau là đã hoàn thành thì giao dịch M&A được coi là hoàn tất.

Một số lưu ý trong Bước 7:

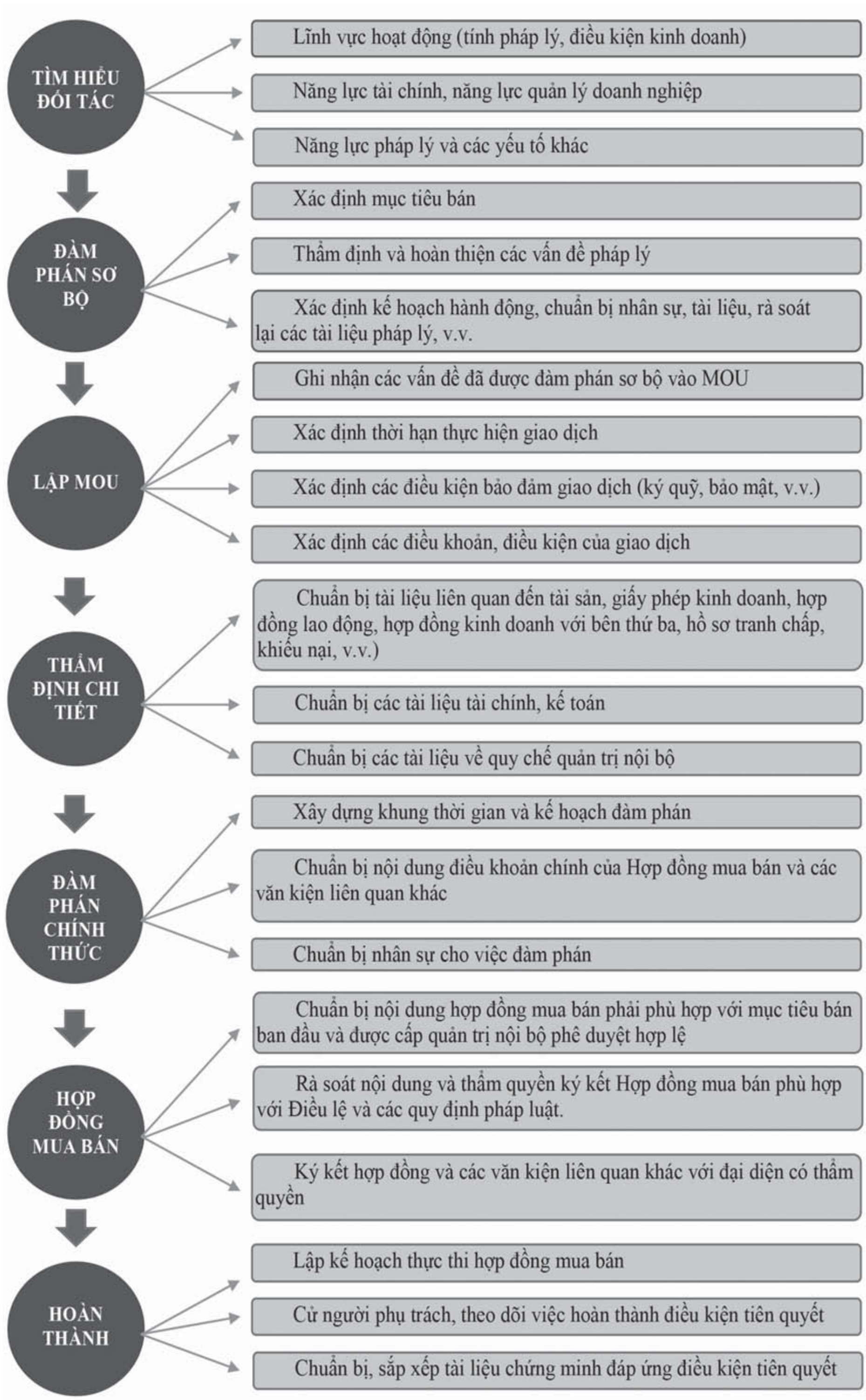
- Bảng điều kiện tiên quyết cần được Luật sư của các bên theo dõi chặt chẽ và cập nhật liên tục cho nhau để nhằm thể hiện nỗ lực của các bên trong việc hoàn thành giao dịch, đồng thời giúp nhau giải quyết các vướng mắc của khách hàng để bảo đảm cho giao dịch M&A được thành công.

- Việc sắp xếp và chuẩn bị các tài liệu chứng minh đáp ứng điều kiện tiên quyết của các bên cũng là công việc quan trọng trong giai đoạn này. Thông thường, tại ngày hoàn thành (được xác định tại hợp đồng mua bán hoặc một ngày khác theo thỏa thuận của các bên), các bên sẽ tiến hành bàn giao tài liệu, giấy phép, chấp thuận, v.v., để chứng minh việc đáp ứng các điều kiện tiên quyết. Do vậy, công tác chuẩn bị kỹ lưỡng sẽ bảo đảm sự thành công của ngày hoàn thành.

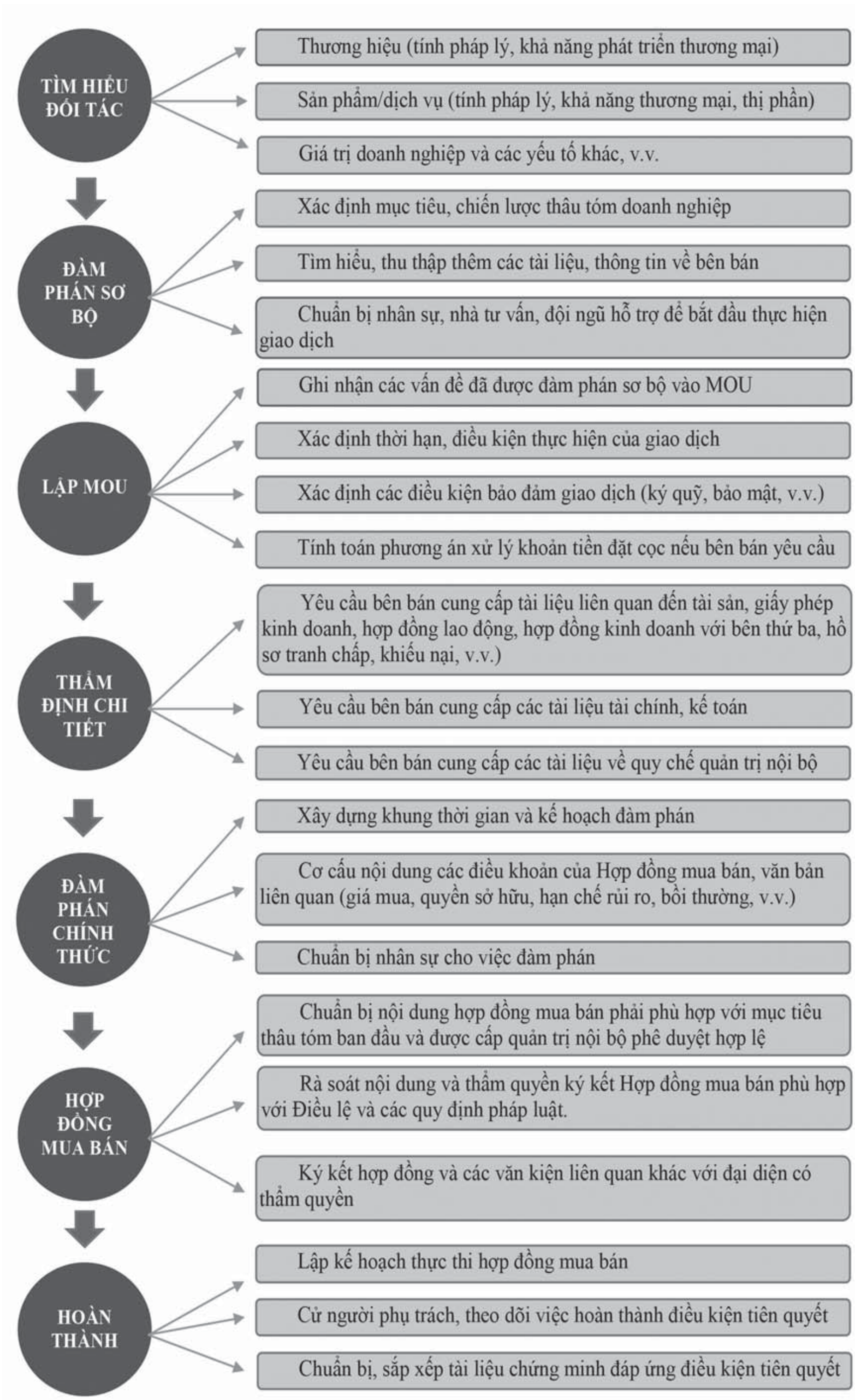
- Để thúc đẩy nỗ lực trong việc thực hiện hợp đồng mua bán, Luật sư của các bên cần tính toán một ngày hoàn thành thích hợp cho giao dịch. Thời gian của giao dịch phải được dự trù ngay từ những bước đầu tiên của quá trình M&A như đã nêu ở trên và phải được tính toán hợp lý, lôgic để bảo đảm không bên nào vi phạm nghĩa vụ thực hiện hợp đồng mua bán nhưng cũng không để giao dịch bị kéo dài.

- Trong giai đoạn hoàn thành, Luật sư cần lưu ý các vấn đề phát sinh như sự thay đổi pháp luật, tình hình thực tế dẫn đến thay đổi các điều kiện hoàn thành, việc xử lý các nghĩa vụ, quyền lợi phát sinh hoặc thay đổi thời gian hoàn thành, v.v.. Trong những tình huống này, các bên cần đàm phán để ký kết phụ lục của hợp đồng M&A nhằm điều chỉnh các vấn đề cần thay đổi.

Sơ đồ 2. Những lưu ý đối với bên bán



Sơ đồ 3. Những lưu ý đối với bên mua



II. MUA BÁN DOANH NGHIỆP THEO HÌNH THỨC MUA BÁN TÀI SẢN

1. Giới thiệu các hình thức mua bán doanh nghiệp thông qua thâu tóm tài sản

a) Thâu tóm bất động sản:

Đối tượng các bên hướng tới trong giao dịch là bất động sản bao gồm tài sản gắn liền với đất và quyền sử dụng đất. Có ba hình thức thâu tóm bất động sản gắn liền với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp:

- Bất động sản của một doanh nghiệp là tài sản được hình thành không phải từ dự án đầu tư do Nhà nước phê duyệt mà từ nguồn sở hữu cá nhân (ví dụ như tài sản góp vốn của các cổ đông/thành viên góp vốn cá nhân) thì các bên tiến hành chuyển nhượng theo các thủ tục về chuyển nhượng bất động sản áp dụng đối với quyền sở hữu riêng của tổ chức, cá nhân (nội dung này sẽ không được giới thiệu ở phần này).

- Trong trường hợp bất động sản được hình thành từ dự án đầu tư do Nhà nước cho thuê đất hoặc giao đất theo dự án, các bên thường sử dụng hình thức chuyển nhượng dự án để nhận tài sản gắn liền với đất cũng như quyền sử dụng đất theo các quy định của Luật đất đai năm 2013, Luật kinh doanh bất động sản năm 2014 và Luật nhà ở năm 2014. Tuy nhiên, việc chuyển nhượng dự án sẽ gặp nhiều khó khăn vì phải đáp ứng các điều kiện chuyển nhượng theo quy định của pháp luật đầu tư, pháp luật đất đai và nhà ở (quy định về thủ tục chuyển nhượng dự án trong trường hợp đủ điều kiện chuyển nhượng cũng khá rõ ràng nên không đề cập lại ở phần này);

- Trong trường hợp dự án chưa đáp ứng đủ điều kiện chuyển nhượng theo quy định của pháp luật, các bên thường lựa chọn hình thức mua bán vốn điều lệ của doanh nghiệp là chủ đầu tư thực hiện dự án đầu tư có liên quan đến bất động sản theo các thủ tục được giới thiệu ở trên. Vì đối tượng của giao dịch là bất động sản nên thay vì thẩm định quá trình thành lập, hoạt động, quản lý doanh nghiệp, bên mua sẽ tập trung xem xét kỹ các khía cạnh pháp lý của dự án và bất động sản dự định mua.

b) Thâu tóm bộ phận kinh doanh:

Việc thâu tóm bộ phận kinh doanh thường được thực hiện thông qua một trong hai hình thức: Mua vốn điều lệ hoặc mua tài sản là động sản. Trong trường hợp mua vốn điều lệ, quy trình giao dịch sẽ được thực hiện như đã đề cập tại Mục I chương này, tuy nhiên có những đặc thù sẽ được phân tích tại nội dung dưới đây. Trường hợp mua tài sản, một hợp đồng mua bán tài sản sẽ được các bên ký kết kèm theo đó là các quy định liên quan đến chuyển giao lao động, khách hàng, đối tác, v.v..

2. Thâu tóm tài sản là dự án đầu tư

Thâu tóm dự án đầu tư trong trường hợp thâu tóm vốn điều lệ, quy trình và thủ tục cũng tương tự như trường hợp thâu tóm đã được nêu ở Mục I. Tuy nhiên, bên mua cần tập trung thẩm định đến các vấn đề:

a) Các vấn đề pháp lý của dự án:

- Phê duyệt dự án:

Quyết định phê duyệt dự án là một trong những tài liệu pháp lý quan trọng để bên mua xác định hiệu lực pháp lý của dự án. Bên cạnh quyết định phê duyệt dự án, bên mua cũng tập trung rà soát các giấy phép, chấp thuận khác liên quan đến dự án như Giấy chứng nhận đầu tư, hợp đồng thuê đất, Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, v.v., nhằm xác định các vấn đề pháp lý của dự án như mục tiêu, thời hạn dự án, thời hạn thuê đất, phương thức trả tiền thuê đất (trả tiền thuê đất hằng năm hay trả tiền thuê đất một lần), các quyền và nghĩa vụ pháp lý của bên bán đối với dự án.

- Quy hoạch dự án:

Đối với vấn đề quy hoạch dự án, bên mua cần thẩm định quy hoạch chi tiết khu vực dự án và các khu vực lân cận để xác định sự phù hợp về mục tiêu đầu tư của dự án đối với với quy hoạch tại thời điểm mua và khả năng thu hồi dự án (nếu có).

Đối với các dự án đã không triển khai trong một thời gian dài (dự án "treo"), việc xem xét quy hoạch chi tiết của dự án và các khu vực lân cận giúp bên mua đánh giá khả năng thu hồi dự án hoặc

tình trạng chồng chéo của dự án khác lên khu vực đó vào thời điểm dự kiến mua;

Trường hợp bên mua có dự định thay đổi mục tiêu đầu tư của dự án sau khi mua lại, thì việc xem xét quy hoạch chi tiết sẽ giúp bên mua đánh giá khả năng thay đổi mục tiêu đầu tư của dự án trong tương lai.

- Giải phóng mặt bằng:

Việc hoàn thành hoặc chưa hoàn thành giải phóng mặt bằng đối với khu đất dự định chuyển nhượng có ảnh hưởng lớn đến giá chuyển nhượng và khả năng chuyển nhượng. Do vậy, bên mua cần đặc biệt quan tâm đến vấn đề giải phóng mặt bằng của bên bán. Nếu chưa hoàn thành giải phóng mặt bằng, cần phân tích kỹ các lý do của việc chưa hoàn thành, những khó khăn trong quá trình giải phóng mặt bằng, chi phí của việc giải phóng mặt bằng, khả năng thành công và rủi ro phát sinh, phương án giải quyết trong trường hợp bên mua thâu tóm bất động sản. Trường hợp dự án đã hoàn thành việc giải phóng mặt bằng đối với một phần khu đất, thì bên mua cần tính toán đến khả năng triển khai tiếp tục và khả năng chấp thuận của cơ quan có thẩm quyền đối với việc triển khai dự án trên phần diện tích đất đã giải phóng mặt bằng.

b) Tranh chấp, khiếu nại:

Những tranh chấp, khiếu nại từ người dân, tổ chức có liên quan với dự án hoặc các tranh chấp, khiếu nại của dự án với cơ quan có thẩm quyền là những vấn đề pháp lý ảnh hưởng lớn đến việc triển khai và phát triển dự án. Do vậy, bên mua thường phải rà soát kỹ hồ sơ liên quan đến tranh chấp, khiếu nại của dự án và xây dựng phương án giải quyết tranh chấp; hoặc từ việc chưa hoàn thành giải phóng mặt bằng dự án, không triển khai dự án trong thời gian dài, bên mua đánh giá khả năng tranh chấp dự án trong tương lai, những khó khăn trong quá trình tiếp tục triển khai dự án với cơ quan có thẩm quyền và rủi ro trong việc thu hồi dự án.

c) Tài chính dự án:

Tùy thuộc vào tiến độ triển khai dự án, bên mua sẽ thẩm định và phân tích những vấn đề tài chính của dự án bao gồm: Quá trình huy động

vốn từ cá nhân, tổ chức hoặc các khoản vay từ ngân hàng và các tổ chức tín dụng; tính hợp pháp của các khoản vay, các trách nhiệm pháp lý của bên bán đối với khoản vay và tổ chức, cá nhân được huy động vốn. Trong trường hợp dự án chưa huy động vốn, bên mua thường đánh giá khả năng huy động vốn từ các tổ chức, cá nhân hoặc từ ngân hàng, tổ chức tín dụng để tính toán nguồn tài chính cần thiết nhằm tiếp tục triển khai hoặc phát triển dự án khi hoàn thành giao dịch mua bán.

3. Mua bán doanh nghiệp theo hình thức sở hữu bộ phận kinh doanh

Quy trình thực hiện việc mua bán doanh nghiệp theo hình thức sở hữu bộ phận kinh doanh tương tự như mua bán doanh nghiệp theo hình thức sở hữu vốn điều lệ của doanh nghiệp. Tuy nhiên, có một số điểm cần lưu ý như sau:

a) Lưu ý khi thẩm định lao động:

Mua lại bộ phận kinh doanh, bao gồm việc mua một phần vốn điều lệ của doanh nghiệp hoặc mua lại tài sản là động sản cũng là một cách để thực hiện chiến lược M&A. Trong trường hợp các bên thống nhất hình thức thâu tóm thông qua phương thức mua tài sản hữu hình (như dây chuyền sản xuất, máy móc) hoặc vô hình (như thương hiệu, bản quyền, đội ngũ nhân sự, kênh phân phối), việc thâu tóm sẽ được thực hiện theo hình thức chuyển nhượng tài sản nhưng có thể kèm theo việc chuyển giao lao động từ bên bán sang bên mua. Lưu ý, đội ngũ lao động đang làm việc tại bộ phận kinh doanh là một trong những yếu tố quan trọng, quyết định giá mua bán và thành công của giao dịch. Do vậy, việc thẩm định lao động là một trong những nội dung mà bên mua phải đặc biệt lưu tâm.

Các vấn đề cần thẩm định bao gồm:

- Danh sách lao động, lương, lợi ích lao động, thỏa ước, công đoàn: Tương tự như trong các giao dịch mua bán vốn điều lệ, Luật sư của bên bán cần thẩm định để biết được tổng số lao động đang làm việc cho bộ phận kinh doanh với các thông tin liên quan đến lương, nhóm lương,

các quyền lợi và chế độ đối với người lao động. Các tài liệu pháp lý liên quan bao gồm hệ thống thang lương, bảng lương, thỏa ước lao động tập thể, nội quy lao động, hợp đồng lao động, công đoàn, v.v..

- Lao động chủ chốt (key personnel): Trong quá trình thẩm định về lao động, Luật sư của bên mua cần xác định và lập danh sách lao động chủ chốt bao gồm: Chức vụ, thời gian làm việc, kinh nghiệm công tác, chuyên môn nghiệp vụ, loại hợp đồng lao động đang ký kết, v.v.. Việc yêu cầu các lao động chủ chốt cam kết tiếp tục làm việc tại bộ phận kinh doanh và giao kết hợp đồng lao động mới với bên mua là một trong các điều kiện tiên quyết mà bên mua thường yêu cầu bên bán phải bảo đảm trong giao dịch.

- Phương án xử lý khi chuyển giao lao động hoặc chấm dứt hợp đồng lao động. Các nội dung cụ thể Luật sư cần thẩm định bao gồm: Xác định khả năng chuyển giao lao động, xác định phương thức chuyển giao, các chế độ phải chi trả cho người lao động, hậu quả pháp lý trong trường hợp người lao động chấm dứt hợp đồng lao động. Việc thẩm định này rất quan trọng nhằm xác định trách nhiệm của bên bán và bên mua trong việc bảo đảm chuyển giao lao động, trách nhiệm trong việc chi trả các chế độ cho người lao động khi chuyển giao hoặc chấm dứt hợp đồng lao động trong tương lai.

Đội ngũ nhân sự quyết định việc vận hành và kinh doanh thành công một bộ phận kinh doanh của doanh nghiệp, đặc biệt là bộ phận kinh doanh hoạt động trong lĩnh vực dịch vụ. Do vậy, bên cạnh việc đánh giá mức độ ổn định của nhân sự làm việc tại bộ phận kinh doanh, bên bán cũng cần thiết phải xem xét việc đào tạo nhân viên như tài liệu đào tạo nhân viên được áp dụng, quy trình đào tạo, v.v.. Các tài liệu này có thể được xem là một tài sản sở hữu trí tuệ của bộ phận kinh doanh - đối tượng của giao dịch mua bán và là một trong những yếu tố quan trọng trong việc định giá bộ phận kinh doanh được bán.

b) Lưu ý khi thẩm định hợp đồng:

- *Hợp đồng với đối tác, khách hàng*: Cũng tương tự như các thương vụ mua bán vốn điều lệ, Luật sư của bên mua cần phải đánh giá và

phân loại các hợp đồng mà bộ phận kinh doanh đang thực hiện. Những câu hỏi cụ thể mà Luật sư cần đặt ra là: Hợp đồng đang được thực hiện là hợp đồng vãng lai hay hợp đồng thường xuyên? Doanh thu thu được từ các hợp đồng, khả năng ký kết/chuyển giao hợp đồng sau khi bộ phận kinh doanh được mua lại, mối quan hệ mà bên bán đã thiết lập được với khách hàng, v.v.. Trên cơ sở đó, Luật sư của bên mua sẽ xác định những hợp đồng cần tiếp tục được duy trì như là một điều kiện tiên quyết của giao dịch mua bán.

- *Quy trình kinh doanh, cách thức cung cấp dịch vụ*: Trong nhiều thương vụ mua bán, bộ phận kinh doanh, quy trình kinh doanh và cách thức cung cấp dịch vụ chính là giá trị mà bên mua hướng tới. Do vậy, Luật sư của bên mua cũng cần phải thẩm định và rà soát các tài liệu có liên quan để đánh giá giá trị gia tăng của bộ phận kinh doanh và cơ cấu giá giao dịch.

c) Lưu ý khi thẩm định tài chính:

Một vấn đề quan trọng trong quá trình thẩm định mua bộ phận kinh doanh là tình trạng kinh doanh (lỗ, lãi) của bộ phận này. Để có thể xem xét và đánh giá vấn đề tài chính của bộ phận kinh doanh, bên mua cần phân tích báo cáo tài chính của bên bán, đặc biệt phải tách bạch hoạt động kinh doanh của bộ phận kinh doanh với các hoạt động kinh doanh khác của bên bán. Vấn đề chuyển lỗ từ hoạt động kinh doanh của bộ phận kinh doanh từ bên bán sang bên mua cũng là vấn đề các bên cần cân nhắc để tìm giải pháp hiệu quả và phù hợp với quy định của pháp luật hiện hành.

d) Lưu ý khi thẩm định tài sản:

Việc thâu tóm một bộ phận kinh doanh có thể liên quan đến việc chuyển nhượng tài sản thuộc quyền sở hữu của bên bán. Do đó, khi thẩm định pháp lý, Luật sư của bên mua cần phân loại các tài sản cần thực hiện chuyển quyền sở hữu để đánh giá khả năng chuyển quyền sở hữu, thủ tục chuyển giao tài sản, các vấn đề về thuế có liên quan.

Thông thường, bộ phận kinh doanh được mua bán hoạt động một cách độc lập với doanh nghiệp bán. Địa điểm để triển khai hoạt động

của bộ phận kinh doanh có thể do bên bán thuê của một bên thứ ba hoặc thuộc quyền sử dụng của bên bán. Vì thế, khi thẩm định tài sản của bộ phận kinh doanh, Luật sư của bên mua cũng cần rà soát và đánh giá hợp đồng thuê địa điểm đã được bên bán xác lập với bên thứ ba hoặc các tài liệu chứng minh địa điểm đó thuộc quyền sở hữu/quyền sử dụng của bên bán, từ đó xác định phương án xử lý và chuyển quyền sở hữu, sử dụng tài sản.

đ) Chuyển nhượng quyền sở hữu trí tuệ:

Đối với các tài sản là quyền sở hữu trí tuệ như quyền khai thác thương mại đối với nhãn hiệu, kiểu dáng công nghiệp, sáng chế, thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn, bí mật kinh doanh, quyền tác giả đối với tác phẩm, khi chuyển giao quyền sở hữu hoặc quyền sử dụng, bên mua và bên bán cần thực hiện thủ tục đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền (Cục Sở hữu trí tuệ, Cục Bản quyền tác giả Việt Nam).

Chuyển giao quyền sở hữu trí tuệ bao gồm: Chuyển nhượng quyền sở hữu đối với các đối tượng sở hữu trí tuệ và chuyển quyền sử dụng các đối tượng này. Cần lưu ý, chuyển nhượng quyền sở hữu đối với tài sản trí tuệ là việc quyền sở hữu sẽ được chuyển từ bên bán sang bên mua, còn chuyển quyền sử dụng tài sản trí tuệ là việc bên mua chỉ có quyền được khai thác những tài sản này trong một thời hạn và phạm vi nhất định theo thỏa thuận tại hợp đồng với bên bán. Việc chuyển nhượng quyền sở hữu hay chuyển quyền sử dụng các đối tượng sở hữu trí tuệ phải được thực hiện dưới hình thức hợp đồng bằng văn bản và hiệu lực của hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu trí tuệ chỉ phát sinh hiệu lực khi đã được đăng ký tại Cục Sở hữu trí tuệ (đối với nhãn hiệu, kiểu dáng công nghiệp, sáng chế, thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn, bí mật kinh doanh) và tại Cục Bản quyền tác giả (đối với tác phẩm phần mềm chương trình máy tính, tác phẩm mỹ thuật ứng dụng).

Hồ sơ đăng ký hợp đồng sử dụng, hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu trí tuệ bao gồm:

- Tờ khai đăng ký theo mẫu quy định;

- Bản gốc hoặc bản sao hợp lệ hợp đồng;

- Bản gốc văn bằng bảo hộ đối với trường hợp chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp;

- Văn bản đồng ý của các đồng chủ sở hữu, văn bản giải trình lý do không đồng ý của bất kỳ đồng chủ sở hữu nào về việc chuyển giao quyền nếu quyền sở hữu công nghiệp thuộc sở hữu chung;

- Chứng từ nộp phí, lệ phí;

- Giấy ủy quyền nếu nộp hồ sơ thông qua đại diện.

Cơ quan có thẩm quyền sẽ chứng nhận hợp đồng sử dụng, hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu trí tuệ trong thời hạn hai tháng kể từ khi nhận được hồ sơ hợp lệ.

III. CÁC CHẤP THUẬN CÓ LIÊN QUAN TRONG GIAO DỊCH MUA BÁN DOANH NGHIỆP

Để bảo đảm hiệu lực của giao dịch mua bán và thành công của giao dịch, các bên cần nhận được các chấp thuận có liên quan bao gồm: Chấp thuận nội bộ từ cơ quan quản lý của các bên và chấp thuận từ cơ quan có thẩm quyền Việt Nam.

1. Chấp thuận nội bộ của các bên

Chấp thuận nội bộ của các bên là việc cơ quan quản lý có thẩm quyền của bên bán và bên mua ban hành các quyết định, nghị quyết phê chuẩn các nội dung có liên quan đến giao dịch mua bán như phê chuẩn nội dung, việc ủy quyền ký kết và thực hiện MOU, hợp đồng mua bán; phê chuẩn việc từ bỏ các điều kiện tiên quyết cho bên có nghĩa vụ, v.v.. Thẩm quyền ban hành các chấp thuận nội bộ được xác định căn cứ vào hồ sơ pháp lý của các bên (điều lệ, thỏa thuận thành viên, quy chế quản trị và điều hành, v.v.). Thông thường đối với công ty cổ phần, Đại hội đồng cổ đông hoặc Hội đồng quản trị sẽ là cơ quan có thẩm quyền quyết định. Hội đồng thành viên hay chủ sở hữu sẽ là cơ quan có thẩm quyền quyết định tương ứng trong công ty trách nhiệm hữu hạn có hai thành viên trở lên và công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Ngoài các quyết định, nghị quyết của cơ quan quản lý doanh nghiệp, tùy từng giao dịch và quy định nội bộ, thành viên bên bán còn phải ban hành các

thông báo từ chối nhận chuyển nhượng/mua vốn điều lệ; cá nhân những người quản lý doanh nghiệp ban hành văn bản từ chức hoặc cam kết tiếp tục làm việc tại doanh nghiệp bị thâu tóm. Thông thường các chấp thuận nội bộ sẽ được xác định trong quá trình thẩm định chi tiết và ghi nhận tại hợp đồng mua bán như là các điều kiện tiên quyết để bảo đảm hiệu lực pháp lý của giao dịch và hoàn thành giao dịch.

2. Chấp thuận từ cơ quan có thẩm quyền Việt Nam

Tùy thuộc vào quốc tịch của bên mua (nhà đầu tư Việt Nam hoặc nhà đầu tư nước ngoài), tỷ lệ sở hữu vốn điều lệ của bên mua tại doanh nghiệp bị thâu tóm sau khi hoàn thành giao dịch mua bán, lĩnh vực hoạt động của doanh nghiệp, thị phần của doanh nghiệp trên thị trường, v.v., các bên sẽ xác định các thủ tục pháp lý phải thực hiện để nhận được các giấy phép, chấp thuận cần thiết đối với giao dịch mua bán từ cơ quan có thẩm quyền Việt Nam.

Tùy thuộc vào từng giao dịch, các thủ tục và chấp thuận từ cơ quan có thẩm quyền Việt Nam mà các bên phải thực hiện bao gồm:

- Thủ tục tăng vốn điều lệ để nhận được Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp ghi nhận số vốn điều lệ tăng thêm;

- Thủ tục phát hành cổ phần riêng lẻ để nhận được thông báo có liên quan từ cơ quan đăng ký kinh doanh;

- Thủ tục thông báo tập trung kinh tế đến Cục Quản lý cạnh tranh trong trường hợp giao dịch M&A dẫn đến các tập trung kinh tế có thị phần kết hợp từ 30% đến 50% trên thị trường liên quan;

- Thủ tục đăng ký góp vốn, mua cổ phần, phần vốn góp của nhà đầu tư nước ngoài để nhận được thông báo chấp thuận từ cơ quan quản lý đầu tư;

- Thủ tục điều chỉnh hoặc thông báo thay đổi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp với nội dung thay đổi thành viên hoặc tỷ lệ sở hữu phần vốn tại doanh nghiệp;

- Thủ tục điều chỉnh Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư với nội dung điều chỉnh nhà đầu tư hoặc tỷ lệ sở hữu phần vốn của nhà đầu tư;

- Thủ tục xin cấp Giấy phép kinh doanh đối với các doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực phân phối hàng hóa có vốn đầu tư nước ngoài;

- Thủ tục đăng ký biến động đất đai, điều chỉnh Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.

Thông thường, các thủ tục tại cơ quan có thẩm quyền Việt Nam được thực hiện trong hầu hết các giao dịch mua bán phần vốn. Đối với giao dịch mua bộ phận kinh doanh hoặc mua bán tài sản, nếu giao dịch mua bán được cấu trúc thành giao dịch mua bán tài sản thông thường, bên cạnh thủ tục phê chuẩn nội bộ, các bên chủ yếu thực hiện tại cơ quan có thẩm quyền các thủ tục liên quan đến việc chuyển giao quyền sở hữu tài sản và chuyển giao quyền sở hữu trí tuệ như thủ tục đăng ký sang tên tài sản, thủ tục đăng ký hợp đồng sử dụng, hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu trí tuệ.

Các cam kết của Việt Nam tại các điều ước quốc tế song phương, đa phương có liên quan (cam kết WTO, AFTA, EUFTA, v.v.), quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành (Luật đầu tư năm 2014, Luật doanh nghiệp năm 2014, Luật cạnh tranh năm 2004, văn bản pháp luật chuyên ngành, lộ trình mở cửa thị trường của Việt Nam, v.v.) sẽ là các căn cứ pháp lý để bên bán và bên mua xác định các thủ tục cần thực hiện để bảo đảm hiệu lực pháp lý của giao dịch, đồng thời xác định trách nhiệm của các bên trong việc thực hiện các thủ tục nhằm hoàn thành giao dịch.

Chương 5
TƯ VẤN LĨNH VỰC BẤT ĐỘNG SẢN

Chương này trình bày một số vấn đề pháp lý cơ bản liên quan đến lĩnh vực bất động sản, bao gồm: Những vấn đề chung về bất động sản, giao dịch bất động sản dân sự và giao dịch kinh doanh bất động sản.

I. NHỮNG VẤN ĐỀ CHUNG

1. Khái niệm bất động sản

Theo quy định tại khoản 1 Điều 107 Bộ luật dân sự năm 2015, bất động sản bao gồm:

- Đất đai;
- Nhà, công trình xây dựng gắn liền với đất đai;
- Tài sản khác gắn liền với đất đai, nhà, công trình xây dựng;
- Tài sản khác theo quy định của pháp luật.

Bất động sản có thể là tài sản hiện có hoặc tài sản hình thành trong tương lai[1].

Theo cách quy định trên, quyền sử dụng đất không phải là bất động sản, mà là một loại quyền tài sản[2]. Tuy nhiên, quyền sử dụng đất là đối tượng quan trọng và cơ bản của pháp luật về bất động sản, là nền tảng để hình thành các loại bất động sản khác.

---

1. Khoản 2 Điều 105 Bộ luật dân sự năm 2015.
2. Điều 115 Bộ luật dân sự năm 2015.

2. Đất đai và quyền sử dụng đất

Đất đai thuộc sở hữu toàn dân, do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý[1]. Nhà nước, với tư cách là đại diện chủ sở hữu, trao quyền sử dụng đất cho các cá nhân, hộ gia đình, tổ chức. Như vậy, cá nhân, hộ gia đình, tổ chức không có quyền sở hữu đất đai mà chỉ có quyền sử dụng đất và được gọi chung là người sử dụng đất.

Đất đai, với tư cách là một loại bất động sản, không phải là đối tượng trực tiếp của các giao dịch bất động sản. Trong khi đó, quyền sử dụng đất, mặc dù không phải là bất động sản, nhưng là đối tượng trực tiếp và quan trọng của các giao dịch bất động sản.

3. Căn cứ xác lập quyền sử dụng đất

Quyền sử dụng đất phát sinh trên cơ sở Nhà nước trao quyền sử dụng đất cho người sử dụng đất dưới hình thức giao đất (có thu tiền sử dụng đất hoặc không thu tiền sử dụng đất)[2] hoặc cho thuê đất (dưới hình thức thu tiền thuê đất hằng năm hoặc thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê)[3] hoặc công nhận quyền sử dụng đất[4]. Đây là quyền sử dụng đất ban đầu được xác lập dựa trên quyết định hành chính (giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất) của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Sau khi được xác lập, quyền sử dụng đất ban đầu có thể được chuyển (toàn bộ hoặc một phần) từ người sử dụng đất này sang người sử dụng đất khác trong các quan hệ và giao dịch dân sự, kinh tế.

4. Người sử dụng đất

Người sử dụng đất bao gồm các cá nhân, hộ gia đình và tổ chức sau đây[5]:

- Các tổ chức kinh tế trong nước[6], bao gồm: Doanh nghiệp, hợp tác

1. Điều 53 Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2013; Điều 4 Luật đất đai năm 2013.
2. Điều 17, Điều 54 và Điều 55 Luật đất đai năm 2013.
3. Điều 17 và Điều 56 Luật đất đai năm 2013.
4. Điều 17 Luật đất đai năm 2013.
5. Điều 5 Luật đất đai năm 2013.
6. Khoản 27 Điều 3 Luật đất đai năm 2013.

xã và tổ chức kinh tế khác[1] theo quy định của pháp luật về dân sự, trừ doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài;

- Các tổ chức trong nước khác, bao gồm: Cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang nhân dân, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, tổ chức sự nghiệp công lập và tổ chức khác theo quy định của pháp luật về dân sự (sau đây gọi chung là tổ chức);

- Cá nhân, hộ gia đình;

- Cộng đồng dân cư;

- Cơ sở tôn giáo;

- Tổ chức nước ngoài có chức năng ngoại giao;

- Người Việt Nam định cư ở nước ngoài;

- Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài[2] gồm: Doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài, doanh nghiệp liên doanh, doanh nghiệp Việt Nam mà nhà đầu tư nước ngoài mua cổ phần, sáp nhập, mua lại theo quy định của pháp luật về đầu tư.

Hình thức giao đất, cho thuê đất theo từng đối tượng người sử dụng đất và mục đích sử dụng đất được trình bày tại Bảng 3 Phụ lục. Trong thực tiễn hành nghề, Luật sư thường được yêu cầu tư vấn về việc xin giao đất hoặc thuê đất để đầu tư vào các dự án bất động sản, chủ yếu là dự án nhà ở và trung tâm thương mại. Điểm mấu chốt cần nhớ là, đối với đất được giao thì người được giao đất có quyền xây dựng nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp cho thuê, còn đối với đất thuê thì chỉ được xây dựng công trình công cộng để kinh doanh hoặc xây nhà ở để cho thuê.

5. Các giao dịch đối với quyền sử dụng đất

Sau khi được Nhà nước giao đất, cho thuê đất hoặc công nhận quyền sử dụng đất, người sử dụng đất có quyền đưa quyền sử dụng đất vào

---

1. Khoản 16 Điều 3 Luật đầu tư năm 2014: Tổ chức kinh tế khác có thể bao gồm liên hiệp hợp tác xã và các tổ chức khác hoạt động đầu tư kinh doanh.

2. Khoản 7 Điều 5 Luật đất đai năm 2013.

giao dịch, thông qua việc thực hiện các giao dịch như[1]: Chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho, thế chấp hoặc góp vốn bằng quyền sử dụng đất.

Phạm vi giao dịch quyền sử dụng đất tùy thuộc vào từng đối tượng người sử dụng đất, loại đất và hình thức giao đất, cho thuê đất (Bảng 4 Phụ lục).

6. Đăng ký đất đai

Người sử dụng đất có nghĩa vụ phải đăng ký đất đai[2]. Đăng ký đất đai bao gồm: Đăng ký ban đầu (đối với quyền sử dụng đất ban đầu) và đăng ký biến động (khi có giao dịch chuyển quyền sử dụng đất ban đầu giữa những người sử dụng đất hoặc khi có sự thay đổi trong nội dung của quyền sử dụng đất ban đầu)[3].

Khi đã được kê khai đăng ký và đáp ứng các điều kiện theo quy định của pháp luật, đất đã kê khai đăng ký được ghi vào sổ địa chính, và người sử dụng đất được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Trường hợp đăng ký biến động, thì người sử dụng đất được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất mới hoặc được chứng nhận vào Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất đã cấp. Trường hợp đăng ký lần đầu mà không đủ điều kiện cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất thì người đang sử dụng đất được tạm thời sử dụng đất cho đến khi có quyết định xử lý của cơ quan có thẩm quyền theo quy định của pháp luật[4].

7. Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất, các tài liệu chứng minh quyền sử dụng đất

Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất là tài liệu có giá trị pháp lý cao nhất chứng minh quyền sử dụng đất. Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất được cấp sau khi thực hiện thủ tục đăng ký đất đai.

---

1. Điều 167 Luật đất đai năm 2013.
2. Khoản 1 Điều 95 Luật đất đai năm 2013.
3. Khoản 2, khoản 3 Điều 95 Luật đất đai năm 2013.
4. Khoản 5 Điều 95 Luật đất đai năm 2013.

Trước ngày 10-12-2009, pháp luật quy định hai loại giấy chứng nhận tách biệt, bao gồm Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất (đối với quyền sử dụng đất) và các loại giấy chứng nhận sở hữu tài sản gắn liền với đất như: Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở và quyền sử dụng đất ở, Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở, Giấy chứng nhận quyền sở hữu công trình xây dựng. Kể từ ngày 10-12-2009 (ngày Nghị định số 88/2009/NĐ-CP ngày 19-10-2009 của Chính phủ về cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất có hiệu lực thi hành), các loại giấy tờ trên được gộp lại thành một mẫu thống nhất áp dụng trong phạm vi cả nước đối với mọi loại đất, nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất và được gọi chung là Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất.

Tuy nhiên, các Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở và quyền sử dụng đất ở, Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở, Giấy chứng nhận quyền sở hữu công trình xây dựng đã được cấp trước ngày 10-12-2009 vẫn có giá trị pháp lý. Nếu người sử dụng đất có nhu cầu, thì có thể xin cấp đổi sang Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất[1].

Riêng đối với người sử dụng đất chưa được cấp các loại giấy chứng nhận như trên, sau ngày 10-12-2009, quyền sử dụng đất của họ có thể được xác nhận thông qua các loại giấy tờ sau để được xem xét cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất[2]:

- Những giấy tờ về quyền sử dụng đất trước ngày 15-10-1993 do cơ quan có thẩm quyền cấp trong quá trình thực hiện chính sách đất đai của Nhà nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa, Chính phủ Cách mạng lâm thời Cộng hòa miền Nam Việt Nam và Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam;

- Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất tạm thời được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp hoặc có tên trong Sổ đăng ký ruộng đất, Sổ địa chính trước ngày 15-10-1993;

1. Khoản 1 Điều 97 Luật đất đai năm 2013.
2. Điều 11 và Điều 100 Luật đất đai năm 2013.

- Giấy tờ hợp pháp về thừa kế, tặng cho quyền sử dụng đất hoặc tài sản gắn liền với đất; giấy tờ giao nhà tình nghĩa, nhà tình thương gắn liền với đất;

- Giấy tờ chuyển nhượng quyền sử dụng đất, mua bán nhà ở gắn liền với đất ở trước ngày 15-10-1993 được Ủy ban nhân dân cấp xã xác nhận là đã sử dụng trước ngày 15-10-1993;

- Giấy tờ thanh lý, hóa giá nhà ở gắn liền với đất ở; giấy tờ mua nhà ở thuộc sở hữu nhà nước theo quy định của pháp luật;

- Giấy tờ về quyền sử dụng đất do cơ quan có thẩm quyền thuộc chế độ cũ cấp cho người sử dụng đất. Các giấy tờ này có thể bao gồm[1]: Bằng khoán điền thổ; văn tự đoạn mãi bất động sản (gồm nhà ở và đất ở) có chứng nhận của cơ quan nhà nước thuộc chế độ cũ; văn tự mua bán nhà ở, tặng cho nhà ở, đổi nhà ở, thừa kế nhà ở mà gắn liền với đất ở có chứng nhận của cơ quan nhà nước thuộc chế độ cũ; bản di chúc hoặc giấy thỏa thuận tương phân di sản về nhà ở được cơ quan nhà nước thuộc chế độ cũ chứng nhận; giấy phép cho xây cất nhà ở hoặc giấy phép hợp thức hóa kiến trúc của cơ quan nhà nước thuộc chế độ cũ cấp; bản án của cơ quan Tòa án của chế độ cũ đã có hiệu lực thi hành;

- Các loại giấy tờ khác được xác lập trước ngày 15-10-1993, bao gồm[2]:

+ Sổ mục kê đất, sổ kiến điền lập trước ngày 18-12-1980;

+ Một trong các giấy tờ được lập trong quá trình thực hiện đăng ký ruộng đất theo Chỉ thị số 299-TTg ngày 10-11-1980 của Thủ tướng Chính phủ về công tác đo đạc, phân hạng và đăng ký thống kê ruộng đất trong cả nước do cơ quan nhà nước đang quản lý, bao gồm: Biên bản

---

1. Điều 15 Thông tư số 02/2015/TT-BTNMT ngày 27 tháng 1 năm 2015 của Bộ Tài nguyên và Môi trường quy định chi tiết một số điều của Nghị định số 43/2014/NĐ-CP và Nghị định số 44/2014/NĐ-CP ngày 15 tháng 5 năm 2014 của Chính phủ.

2. Điều 18 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15 tháng 5 năm 2014 của Chính phủ hướng dẫn thi hành Luật đất đai 2013 được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 01/2017/NĐ-CP ngày 06 tháng 01 năm 2017 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số nghị định quy định chi tiết thi hành Luật đất đai (sau đây gọi tắt là Nghị định số 43/2014/NĐ-CP).

xét duyệt của Hội đồng đăng ký ruộng đất cấp xã xác định người đang sử dụng đất là hợp pháp hoặc bản tổng hợp các trường hợp sử dụng đất hợp pháp do Ủy ban nhân dân cấp xã hoặc Hội đồng đăng ký ruộng đất cấp xã hoặc cơ quan quản lý đất đai cấp huyện, cấp tỉnh lập;

+ Dự án, hoặc danh sách, hoặc văn bản về việc di dân đi xây dựng khu kinh tế mới, di dân tái định cư được Ủy ban nhân dân cấp huyện, cấp tỉnh hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt;

+ Giấy tờ của nông trường, lâm trường quốc doanh về việc giao đất cho người lao động trong nông trường, lâm trường để làm nhà ở;

+ Giấy tờ có nội dung về quyền sở hữu nhà ở, công trình; về việc xây dựng, sửa chữa nhà ở, công trình được Ủy ban nhân dân cấp huyện, cấp tỉnh hoặc cơ quan quản lý nhà nước về nhà ở, xây dựng chứng nhận hoặc cho phép;

+ Giấy tờ tạm giao đất của Ủy ban nhân dân cấp huyện, cấp tỉnh; đơn đề nghị được sử dụng đất được Ủy ban nhân dân cấp xã, hợp tác xã nông nghiệp phê duyệt, chấp thuận trước ngày 01-7-1980 hoặc được Ủy ban nhân dân cấp huyện, cấp tỉnh phê duyệt, chấp thuận;

+ Giấy tờ của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về việc giao đất cho cơ quan, tổ chức để bố trí đất cho cán bộ, công nhân viên tự làm nhà ở hoặc xây dựng nhà ở để phân (cấp) cho cán bộ, công nhân viên bằng vốn không thuộc ngân sách nhà nước hoặc do cán bộ, công nhân viên tự đóng góp xây dựng;

- Bản án hoặc quyết định của Tòa án nhân dân, quyết định thi hành án của cơ quan thi hành án, văn bản công nhận kết quả hòa giải thành, quyết định giải quyết tranh chấp, khiếu nại, tố cáo về đất đai của cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã được thi hành.

Nhìn chung, Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất là tài liệu pháp lý cơ bản xác định quyền sử dụng đất. Với từng mục đích khác nhau, các tài liệu pháp lý liên quan khác có thể được xem xét để xác định quyền sử dụng đất của một người trong từng trường hợp cụ thể.

8. Tài sản gắn liền với đất

a) Các tài sản gắn liền với đất:

Các tài sản gắn liền với đất bao gồm:

- Nhà, công trình xây dựng gắn liền với đất đai;
- Tài sản khác gắn liền với đất đai, nhà, công trình xây dựng;
- Tài sản khác theo quy định của pháp luật.

Nhà ở được định nghĩa là công trình xây dựng với mục đích để ở và phục vụ các nhu cầu sinh hoạt của hộ gia đình, cá nhân[1]. Nhà ở bao gồm:

Nhà ở riêng lẻ: Là nhà ở được xây dựng trên thửa đất ở riêng biệt thuộc quyền sử dụng hợp pháp của tổ chức, hộ gia đình, cá nhân, bao gồm nhà biệt thự, nhà ở liền kề và nhà ở độc lập;

Nhà chung cư: Là nhà có từ 2 tầng trở lên, có nhiều căn hộ, có lối đi, cầu thang chung, có phần sở hữu riêng, phần sở hữu chung và hệ thống công trình hạ tầng sử dụng chung cho các hộ gia đình, cá nhân, tổ chức, bao gồm nhà chung cư được xây dựng với mục đích để ở và nhà chung cư được xây dựng có mục đích sử dụng hỗn hợp để ở và kinh doanh;

Nhà ở thương mại: Là nhà ở được đầu tư xây dựng để bán, cho thuê, cho thuê mua theo cơ chế thị trường;

Nhà ở công vụ: Là nhà ở được dùng để cho các đối tượng thuộc diện được ở nhà công vụ theo quy định của Luật nhà ở năm 2014 thuê trong thời gian đảm nhận chức vụ, công tác;

Nhà ở để phục vụ tái định cư: Là nhà ở để bố trí cho các hộ gia đình, cá nhân thuộc diện được tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất ở, bị giải tỏa nhà ở theo quy định của pháp luật;

Nhà ở xã hội: Là nhà ở có sự hỗ trợ của Nhà nước cho các đối tượng được hưởng chính sách hỗ trợ về nhà ở theo quy định của Luật nhà ở năm 2014.

Nhóm công trình xây dựng gắn liền với đất đai là sản phẩm được tạo thành bởi sức lao động của con người, vật liệu xây dựng, thiết bị lắp đặt vào công trình, được liên kết định vị với đất, có thể bao gồm

1. Khoản 1 Điều 3 Luật nhà ở 2014.

phần dưới mặt đất, phần trên mặt đất, phần dưới mặt nước và phần trên mặt nước, được xây dựng theo thiết kế[1]. Công trình xây dựng bao gồm công trình dân dụng, công trình công nghiệp, giao thông, nông nghiệp và phát triển nông thôn, công trình hạ tầng kỹ thuật và công trình khác.

Bất động sản khác, bao gồm: Cây lâu năm, rừng sản xuất, v.v..

Tuy nhiên, nhóm bất động sản đất đai và nhà ở vẫn là hai nhóm cơ bản, tỷ trọng lớn, tính chất phức tạp cao, chiếm tuyệt đại đa số các giao dịch trên thị trường bất động sản.

b) Giấy tờ chứng minh quyền sở hữu đối với tài sản gắn liền với đất:

Trước ngày 10-12-2009, mỗi loại tài sản gắn liền với đất sẽ được cấp giấy chứng nhận riêng biệt tương ứng với từng loại, ví dụ như: Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở và quyền sử dụng đất ở, Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở, Giấy chứng nhận quyền sở hữu công trình xây dựng. Kể từ ngày 10-12-2009, các loại giấy chứng nhận đối với các tài sản khác gắn liền với đất bao gồm cả nhà ở và công trình trên đất được thay đổi và cấp theo một mẫu chung thống nhất là Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất.

Căn cứ các quy định của Luật nhà ở năm 2014 và Luật đất đai năm 2013, các tài liệu pháp lý liên quan đến nhà ở có thể bao gồm:

- Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất. Đây là tài liệu do cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp khi tổ chức, cá nhân, gia đình có đủ điều kiện và có nhà ở hợp pháp để công nhận quyền sở hữu nhà ở[2].

- Các giấy tờ chứng minh việc tạo lập hợp pháp về nhà ở cho mục đích xin cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất, bao gồm[3]:

1. Khoản 10 Điều 3 Luật xây dựng năm 2014.
2. Điều 8 Luật nhà ở năm 2014.
3. Điều 31 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP.

+ Giấy phép xây dựng nhà ở đối với trường hợp phải xin giấy phép xây dựng theo quy định của pháp luật về xây dựng;

+ Hợp đồng mua bán nhà ở;

+ Giấy tờ về giao hoặc tặng nhà tình nghĩa, nhà tình thương, nhà đại đoàn kết;

+ Giấy tờ về sở hữu nhà ở do cơ quan có thẩm quyền cấp qua các thời kỳ;

+ Giấy tờ về mua bán hoặc nhận tặng cho, đổi hoặc nhận thừa kế nhà ở đã có chứng nhận của công chứng hoặc chứng thực của Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền theo quy định của pháp luật;

+ Bản án hoặc quyết định của Tòa án nhân dân hoặc giấy tờ của cơ quan nhà nước có thẩm quyền giải quyết được quyền sở hữu nhà ở đã có hiệu lực pháp luật.

II. GIAO DỊCH BẤT ĐỘNG SẢN DÂN SỰ

1. Các loại giao dịch bất động sản dân sự phổ biến

a) Giao dịch đối với nhà ở:

- *Mua bán nhà ở*: Là việc chủ sở hữu nhà ở bán nhà ở. Theo đó, chủ sở hữu có nghĩa vụ giao nhà ở cùng các giấy tờ chứng nhận quyền sở hữu về nhà ở đó cho bên mua. Bên mua nhà ở có quyền nhận nhà ở và nghĩa vụ trả tiền cho bên bán theo phương thức mà các bên đã thỏa thuận.

- *Cho thuê nhà ở*: Là việc chủ sở hữu nhà ở, người có quyền sử dụng nhà ở cho phép bên thuê được sử dụng nhà ở của mình trong một thời hạn, bên thuê phải trả tiền thuê.

- *Tặng cho nhà ở*: Là việc chủ sở hữu nhà ở chuyển giao quyền sở hữu nhà ở của mình cho người khác trên cơ sở hợp đồng không đền bù, tức người nhận tặng cho không phải thanh toán bất kỳ khoản tiền nào cho người tặng cho.

- *Đổi nhà ở*: Là việc các chủ sở hữu nhà ở chuyển đổi quyền sở hữu nhà ở cho nhau để thuận tiện cho việc sinh sống.

- *Thừa kế nhà ở*: Là việc một cá nhân thực hiện quyền định đoạt của mình đối với nhà ở sau khi chết, nhằm để lại nhà ở của mình cho người thừa kế hưởng di sản theo di chúc hoặc theo pháp luật.

- *Thế chấp nhà ở*: Là việc chủ sở hữu nhà ở dùng nhà ở của mình làm tài sản bảo đảm cho nghĩa vụ dân sự và không giao quyền sở hữu nhà ở cho bên nhận thế chấp.

- *Góp vốn bằng nhà ở*: Là việc chủ sở hữu nhà ở thực hiện việc góp vốn bằng nhà ở của mình để tham gia hoạt động kinh doanh trong các lĩnh vực mà pháp luật không cấm.

- *Cho mượn, cho ở nhờ nhà ở*: Là việc chủ sở hữu nhà ở cho người khác mượn, ở nhờ nhà ở của mình trong một thời gian. Người mượn, ở nhờ không phải thanh toán bất kỳ khoản tiền nào.

- *Ủy quyền quản lý nhà ở*: Là việc chủ sở hữu nhà ở ủy quyền cho tổ chức, cá nhân khác thực hiện các quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu nhà ở trong việc quản lý, sử dụng nhà ở trong thời hạn được ủy quyền. Việc ủy quyền quản lý nhà ở chỉ được thực hiện đối với nhà ở có sẵn.

b) Giao dịch đối với quyền sử dụng đất:

- *Chuyển đổi quyền sử dụng đất*: Là việc cá nhân, hộ gia đình chuyển đổi quyền sử dụng đất nông nghiệp trong cùng xã, phường, thị trấn cho hộ gia đình, cá nhân khác để thuận lợi cho sản xuất nông nghiệp.

- *Chuyển nhượng quyền sử dụng đất*: Là việc chủ sở hữu quyền sử dụng đất chuyển giao quyền sử dụng đất của mình cho người khác trên cơ sở hợp đồng có đền bù. Theo đó, chủ sở hữu chuyển quyền sử dụng đất cho bên mua và bên mua trả tiền cho chủ sở hữu.

- *Cho thuê quyền sử dụng đất*: Là việc chủ sở hữu quyền sử dụng đất thỏa thuận giao quyền sử dụng đất của mình cho bên thuê để bên thuê sử dụng trong một thời hạn, bên thuê phải trả tiền thuê.

- *Cho thuê lại quyền sử dụng đất*: Là việc bên thuê quyền sử dụng đất, dưới sự đồng ý của người sử dụng đất, dùng quyền sử dụng đất mình đang thuê, cho bên thuê lại thuê để sử dụng trong một thời hạn, bên thuê lại phải trả tiền thuê.

- *Thừa kế quyền sử dụng đất*: Là việc một cá nhân định đoạt tài sản của mình sau khi chết, cụ thể là quyền sử dụng đất, nhằm để lại tài sản của mình cho người thừa kế hưởng di sản theo di chúc hoặc theo pháp luật.

- *Tặng cho quyền sử dụng đất*: Là việc chủ sở hữu quyền sử dụng đất chuyển giao quyền sử dụng đất của mình cho người khác trên cơ sở hợp đồng không đền bù. Theo đó, bên tặng cho giao quyền sử dụng đất của mình và chuyển quyền sử dụng đất cho bên được tặng cho mà không yêu cầu đền bù, bên được tặng cho đồng ý nhận.

- *Thế chấp quyền sử dụng đất*: Là việc chủ sở hữu quyền sử dụng đất dùng giá trị quyền sử dụng đất của mình làm tài sản bảo đảm cho nghĩa vụ dân sự mà không giao quyền sử dụng đất cho bên nhận thế chấp.

- *Góp vốn bằng quyền sử dụng đất*: Là việc chủ sở hữu quyền sử dụng đất dùng giá trị quyền sử dụng đất của mình làm tài sản góp vốn vào doanh nghiệp.

2. Tài liệu pháp lý liên quan

Đối với một giao dịch bất động sản dân sự, các tài liệu pháp lý liên quan gồm nhiều loại khác nhau. Về cơ bản, các tài liệu có thể được chia thành nhóm: Các tài liệu liên quan đến đối tượng giao dịch (ví dụ, đất, nhà ở, v.v.); Các tài liệu liên quan đến các bên giao dịch; Các tài liệu thỏa thuận xác lập giao dịch của các bên.

a) Tài liệu về đối tượng giao dịch:

Mỗi đối tượng giao dịch khác nhau có thể có các tài liệu pháp lý khác nhau.

Trước ngày 10-12-2009, pháp luật quy định cấp các loại giấy chứng nhận khác nhau đối với từng loại bất động sản. Kể từ sau ngày 10-12-2009, pháp luật quy định một mẫu thống nhất Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất để áp dụng trong phạm vi cả nước đối với mọi loại đất, nhà ở và tài sản khác gắn liền

với đất. Do đó, theo quy định hiện hành, Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất có thể được coi là tài liệu có giá trị pháp lý cao nhất chứng minh quyền sử dụng đất và các tài sản gắn liền với đất.

Bên cạnh đó, pháp luật cũng thừa nhận các loại giấy tờ khác nhau có thể dùng để chứng minh quyền của người sử dụng đối với đất và tài sản gắn liền với đất. Nhìn chung, các giấy tờ đó phải được cấp cho các đối tượng bất động sản liên quan căn cứ theo quy định pháp luật cũ và có giá trị củng cố hồ sơ cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất theo mẫu hiện hành. Điều này thể hiện nguyên tắc kế thừa và phát triển trong quá trình hoàn thiện pháp luật về đất đai của Việt Nam.

b) Tài liệu về các bên giao dịch:

Các bên tham gia giao dịch có thể là tổ chức hoặc cá nhân. Nhóm tài liệu này cung cấp các thông tin về tư cách pháp lý, quan hệ nhân thân của các chủ thể tham gia giao dịch liên quan, bao gồm chứng minh thư nhân dân, hộ chiếu, hộ khẩu, Giấy chứng nhận đăng ký kết hôn, v.v., đối với các bên giao dịch là cá nhân và Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư, điều lệ và các quyết định, phê duyệt nội bộ của doanh nghiệp, giấy ủy quyền và một số tài liệu khác.

c) Tài liệu về thỏa thuận giao dịch:

Tài liệu về thỏa thuận giao dịch bao gồm: Hợp đồng mua bán, cho thuê, thuê mua, tặng cho, đổi, thế chấp, góp vốn, cho mượn, cho ở nhờ, ủy quyền quản lý nhà ở hoặc văn bản chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở[1].

Ngoài các văn bản thỏa thuận chính như đã nêu ở trên, các bên còn có thể ký kết các tài liệu hỗ trợ cho hợp đồng chính nhằm bảo đảm cho việc thực thi thỏa thuận của các bên. Nhóm các tài liệu này có thể

1. Khoản 1 Điều 120 Luật nhà ở năm 2014.

bao gồm nhiều loại văn bản khác nhau, theo từng vụ việc và yêu cầu cụ thể, ví dụ: Giấy ủy quyền, thỏa thuận đặt cọc, cam kết bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, giấy tờ bảo lãnh.

3. Quy trình thực hiện giao dịch

a) Mua bán bất động sản:

- Mua bán nhà:

+ Thủ tục mua bán nhà[1]:

Lập hợp đồng mua bán hoặc văn bản chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại (sau đây gọi chung là hợp đồng về nhà ở);

Các bên thỏa thuận để một bên thực hiện nộp hồ sơ đề nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận đối với nhà ở đó; trường hợp mua, thuê mua nhà ở của chủ đầu tư dự án thì chủ đầu tư có trách nhiệm làm thủ tục để cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận cho bên mua, bên thuê mua, trừ trường hợp bên mua, bên thuê mua tự nguyện làm thủ tục đề nghị cấp giấy chứng nhận;

Cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi thực hiện cấp giấy chứng nhận cho bên mua, bên thuê mua nhà ở, cùng với nhận chuyển quyền sử dụng đất ở hợp pháp có nhà ở đó thì đồng thời công nhận quyền sở hữu nhà ở và quyền sử dụng đất ở cho bên nhận quyền sở hữu nhà ở.

+ Yêu cầu về công chứng[2]:

Trường hợp mua bán, chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại thì phải thực hiện công chứng, chứng thực hợp đồng, trừ trường hợp mua bán, cho thuê mua nhà ở thuộc sở hữu nhà nước, nhà ở xã hội, nhà ở phục vụ tái định cư thì không bắt buộc phải công chứng, chứng thực hợp đồng, trừ trường hợp các bên có nhu cầu.

Việc công chứng hợp đồng về nhà ở được thực hiện tại tổ chức hành nghề công chứng; việc chứng thực hợp đồng về nhà ở được thực hiện tại Ủy ban nhân dân cấp xã nơi có nhà ở.

1. Điều 120 Luật nhà ở năm 2014.
2. Điều 122 Luật nhà ở năm 2014.

+ Các đối tượng người nước ngoài được phép mua nhà tại Việt Nam[1]:

Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, chi nhánh, văn phòng đại diện của doanh nghiệp nước ngoài, quỹ đầu tư nước ngoài và chi nhánh ngân hàng nước ngoài đang hoạt động tại Việt Nam.

Cá nhân nước ngoài được phép nhập cảnh vào Việt Nam, không thuộc diện được hưởng quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao, lãnh sự theo quy định của pháp luật.

Các đối tượng trên chỉ được mua nhà ở thương mại bao gồm căn hộ chung cư và nhà ở riêng lẻ trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở, trừ khu vực bảo đảm quốc phòng, an ninh.

Một số lưu ý khác[2]:

Trường hợp bên mua nhà ở thương mại của chủ đầu tư nếu thuộc diện chưa nộp hồ sơ đề nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy chứng nhận đối với nhà ở đó và có nhu cầu thì được chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở; bên nhận chuyển nhượng hợp đồng có trách nhiệm thực hiện đầy đủ nghĩa vụ theo hợp đồng mua bán nhà ở đã ký với chủ đầu tư.

Trình tự, thủ tục chuyển nhượng, nội dung và mẫu văn bản chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở được thực hiện theo quy định của Bộ trưởng Bộ Xây dựng; bên chuyển nhượng hợp đồng phải nộp thuế, lệ phí theo quy định của pháp luật về thuế, lệ phí.

- *Chuyển nhượng quyền sử dụng đất:*

+ Các đối tượng được phép nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất và các hạn chế[3]:

Tổ chức kinh tế (không bao gồm doanh nghiệp có vốn đầu tư

1. Điều 159 và Điều 160 Luật nhà ở năm 2014.
2. Điều 123 Luật nhà ở năm 2014.
3. Điều 169 Luật đất đai năm 2013.

nước ngoài), hộ gia đình, cá nhân trong nước được nhận chuyển quyền sử dụng đất thông qua nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất;

Người Việt Nam định cư ở nước ngoài được nhận chuyển quyền sử dụng đất thông qua nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế;

Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được nhận chuyển nhượng vốn đầu tư là giá trị quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật.

+ Quy trình chuyển nhượng quyền sử dụng đất[1]:

Thiết lập và thực hiện hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất;

Người sử dụng đất nộp một bộ hồ sơ đăng ký việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất với văn phòng đăng ký đất đai tại nơi có đất;

Văn phòng đăng ký đất đai có trách nhiệm kiểm tra hồ sơ, nếu đủ điều kiện theo quy định thì thực hiện các công việc sau đây:

Thứ nhất, gửi thông tin địa chính đến cơ quan thuế để xác định và thông báo thu nghĩa vụ tài chính đối với trường hợp phải thực hiện nghĩa vụ tài chính theo quy định;

Thứ hai, xác nhận nội dung biến động vào giấy chứng nhận đã cấp theo quy định của Bộ Tài nguyên và Môi trường;

Thứ ba, trường hợp phải cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất thì lập hồ sơ trình cơ quan có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất cho người sử dụng đất;

Thứ tư, chỉnh lý, cập nhật biến động vào hồ sơ địa chính, cơ sở dữ liệu đất đai; trao giấy chứng nhận cho người sử dụng đất hoặc gửi Ủy ban nhân dân cấp xã để trao đối với trường hợp nộp hồ sơ tại cấp xã.

+ Yêu cầu về công chứng[2]:

Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, quyền sử dụng đất và

1. Điều 79 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP.
2. Khoản 3 Điều 167 Luật đất đai năm 2013.

tài sản gắn liền với đất phải được công chứng hoặc chứng thực, trừ các trường hợp: Hợp đồng chuyển đổi quyền sử dụng đất nông nghiệp; hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất, tài sản gắn liền với đất mà một bên hoặc các bên tham gia giao dịch là tổ chức hoạt động kinh doanh bất động sản được công chứng hoặc chứng thực theo yêu cầu của các bên;

Việc công chứng thực hiện tại các tổ chức hành nghề công chứng, việc chứng thực thực hiện tại Ủy ban nhân dân cấp xã.

+ Các trường hợp được phép chuyển mục đích sử dụng đất[1]:

Chuyển đất trồng lúa sang đất trồng cây lâu năm, đất trồng rừng, đất nuôi trồng thủy sản, đất làm muối;

Chuyển đất trồng cây hằng năm khác sang đất nuôi trồng thủy sản nước mặn, đất làm muối, đất nuôi trồng thủy sản dưới hình thức ao, hồ, đầm;

Chuyển đất rừng đặc dụng, đất rừng phòng hộ, đất rừng sản xuất sang sử dụng vào mục đích khác trong nhóm đất nông nghiệp;

Chuyển đất nông nghiệp sang đất phi nông nghiệp;

Chuyển đất phi nông nghiệp được Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất sang đất phi nông nghiệp được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc thuê đất;

Chuyển đất phi nông nghiệp không phải là đất ở sang đất ở;

Chuyển đất xây dựng công trình sự nghiệp, đất sử dụng vào mục đích công cộng có mục đích kinh doanh, đất sản xuất, kinh doanh phi nông nghiệp không phải là đất thương mại, dịch vụ sang đất thương mại, dịch vụ; chuyển đất thương mại, dịch vụ, đất xây dựng công trình sự nghiệp sang đất cơ sở sản xuất phi nông nghiệp.

+ Cơ quan có thẩm quyền cho phép chuyển mục đích sử dụng đất[2]:

Ủy ban nhân dân cấp tỉnh đối với tổ chức;

1. Điều 57 Luật đất đai năm 2013.
2. Điều 59 Luật đất đai năm 2013.

Ủy ban nhân dân cấp huyện đối với cá nhân, hộ gia đình; trường hợp cho hộ gia đình, cá nhân thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất nông nghiệp để sử dụng vào mục đích thương mại, dịch vụ với diện tích từ 0,5 héc-ta trở lên thì phải có văn bản chấp thuận của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trước khi quyết định.

b) Thuê bất động sản:

- Cho thuê nhà ở:

+ Điều kiện cho thuê nhà ở:

Theo quy định hiện hành, nhà ở cho thuê phải đáp ứng đủ các điều kiện sau[1]:

Bên cho thuê phải có hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở hoặc có Giấy phép xây dựng hoặc các giấy tờ khác chứng minh quyền sở hữu nhà ở theo quy định của pháp luật dân sự và pháp luật về đất đai nếu là đầu tư xây dựng nhà ở;

Nhà ở không thuộc diện đang có tranh chấp, khiếu nại, khiếu kiện về quyền sở hữu hoặc đang trong thời hạn sở hữu nhà ở đối với trường hợp sở hữu nhà ở có thời hạn;

Nhà ở không bị kê biên để thi hành án hoặc không bị kê biên để chấp hành quyết định hành chính đã có hiệu lực pháp luật của cơ quan nhà nước có thẩm quyền;

Nhà ở không thuộc diện đã có quyết định thu hồi đất, có thông báo giải tỏa, phá dỡ nhà ở của cơ quan có thẩm quyền;

Nhà ở phải bảo đảm chất lượng, an toàn cho bên thuê nhà ở, có đầy đủ hệ thống điện, cấp, thoát nước, bảo đảm vệ sinh môi trường.

Đồng thời các bên tham gia giao dịch phải đáp ứng điều kiện pháp lý theo quy định.

---

1. Điều 118 Luật nhà ở năm 2014; Điều 72 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP ngày 20 tháng 10 năm 2015 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của luật nhà ở (sau đây gọi tắt là Nghị định số 99/2015/NĐ-CP).

+ Hợp đồng thuê nhà ở:

Hợp đồng cho thuê nhà ở được lập trên cơ sở thỏa thuận của các bên và phải được lập thành văn bản, bao gồm các nội dung cơ bản sau[1]: Họ và tên của cá nhân, tên của tổ chức và địa chỉ của các bên; Mô tả đặc điểm của nhà ở giao dịch và đặc điểm của thửa đất ở gắn với nhà ở đó; Giá cho thuê; Thời hạn và phương thức thanh toán tiền; Thời hạn cho thuê; Quyền và nghĩa vụ của các bên; Cam kết của các bên; Các thỏa thuận khác; Thời điểm có hiệu lực của hợp đồng; Ngày, tháng, năm ký kết hợp đồng; Chữ ký và ghi rõ họ, tên của các bên, nếu là tổ chức thì phải đóng dấu (nếu có) và ghi rõ chức vụ của người ký.

Các vấn đề cần lưu ý:

Thời hạn thuê và giá thuê nhà ở: Về nguyên tắc, bên cho thuê và bên thuê nhà ở được thỏa thuận về thời hạn thuê, giá thuê và hình thức trả tiền thuê nhà (theo định kỳ hoặc trả một lần). Trường hợp chưa hết hạn hợp đồng thuê nhà ở mà bên cho thuê thực hiện cải tạo nhà ở và được bên thuê đồng ý thì bên cho thuê được quyền điều chỉnh giá thuê nhà ở. Giá thuê nhà ở mới do các bên thỏa thuận; trường hợp không thỏa thuận được thì bên cho thuê có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê nhà ở và phải bồi thường cho bên thuê theo quy định của pháp luật[2].

Cho thuê nhà ở thuộc sở hữu chung: Việc cho thuê nhà ở thuộc sở hữu chung phải có sự đồng ý của tất cả các chủ sở hữu nhà ở đó, trừ trường hợp chủ sở hữu chung cho thuê phần nhà ở thuộc quyền sở hữu của mình. Các chủ sở hữu chung có thể ủy quyền cho người đại diện ký hợp đồng thuê nhà ở[3].

Chấm dứt hợp đồng thuê nhà: Trường hợp thuê nhà ở không thuộc sở hữu nhà nước thì việc chấm dứt hợp đồng thuê nhà ở được thực hiện khi có một trong các trường hợp sau đây[4]:

1. Điều 121 Luật nhà ở năm 2014.
2. Điều 129 Luật nhà ở năm 2014.
3. Điều 130 Luật nhà ở năm 2014.
4. Khoản 2 Điều 131 Luật nhà ở năm 2014.

Hợp đồng thuê nhà ở hết hạn; trường hợp trong hợp đồng không xác định thời hạn thì hợp đồng chấm dứt sau 90 ngày, kể từ ngày bên cho thuê nhà ở thông báo cho bên thuê nhà ở biết việc chấm dứt hợp đồng;

Hai bên thỏa thuận chấm dứt hợp đồng;

Nhà ở cho thuê không còn;

Bên thuê nhà ở chết hoặc có tuyên bố mất tích của Tòa án mà khi chết, mất tích không có ai đang cùng chung sống;

Nhà ở cho thuê bị hư hỏng nặng, có nguy cơ sập đổ hoặc thuộc khu vực đã có quyết định thu hồi đất, giải tỏa nhà ở hoặc có quyết định phá dỡ của cơ quan nhà nước có thẩm quyền; nhà ở cho thuê thuộc diện bị Nhà nước trưng mua, trưng dụng để sử dụng vào các mục đích khác. Bên cho thuê phải thông báo bằng văn bản cho bên thuê biết trước 30 ngày về việc chấm dứt hợp đồng thuê nhà ở trong trường hợp này, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

Quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng thuê nhà ở của bên cho thuê: Trong thời hạn thuê nhà ở theo thỏa thuận trong hợp đồng, bên cho thuê không được đơn phương chấm dứt hợp đồng thuê nhà và thu hồi nhà ở đang cho thuê, trừ các trường hợp sau[1]:

Bên cho thuê nhà ở thuộc sở hữu Nhà nước, nhà ở xã hội cho thuê không đúng thẩm quyền, không đúng đối tượng, không đúng điều kiện theo quy định;

Bên thuê không trả tiền thuê nhà ở theo thỏa thuận từ 03 tháng trở lên mà không có lý do chính đáng;

Bên thuê sử dụng nhà ở không đúng mục đích như đã thỏa thuận trong hợp đồng;

Bên thuê tự ý đục phá, cơi nới, cải tạo, phá dỡ nhà ở đang thuê;

Bên thuê chuyển đổi, cho mượn, cho thuê lại nhà ở đang thuê mà không có sự đồng ý của bên cho thuê;

1. Điều 132 Luật nhà ở năm 2014.

Bên thuê làm mất trật tự, vệ sinh môi trường, ảnh hưởng nghiêm trọng đến sinh hoạt của những người xung quanh đã được bên cho thuê nhà ở hoặc tổ trưởng tổ dân phố, trưởng thôn, làng, ấp, bản, buôn, phum, sóc lập biên bản đến lần thứ ba mà vẫn không khắc phục;

Trường hợp khác theo quy định của pháp luật.

Quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng thuê nhà ở của bên thuê: Bên thuê nhà ở có quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng thuê nhà ở khi bên cho thuê có một trong các hành vi sau đây:

Không sửa chữa nhà ở khi có hư hỏng nặng;

Tăng giá thuê nhà ở bất hợp lý hoặc tăng giá thuê mà không thông báo cho bên thuê nhà ở biết trước theo thỏa thuận;

Khi quyền sử dụng nhà ở bị hạn chế do lợi ích của người thứ ba.

Bên đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng thuê nhà ở phải thông báo cho bên còn lại biết trước ít nhất 30 ngày, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác; nếu vi phạm quy này mà gây thiệt hại thì phải bồi thường theo quy định của pháp luật.

+ Công chứng hợp đồng thuê nhà ở:

Theo quy định hiện hành[1], hợp đồng thuê nhà ở không bắt buộc phải công chứng, chứng thực, trừ trường hợp các bên có nhu cầu. Tùy theo từng trường hợp cụ thể, các bên có thể cân nhắc việc công chứng, chứng thực hợp đồng thuê nhà ở để có bằng chứng vững chắc hơn về việc xác lập giao dịch giữa các bên.

- *Cho thuê quyền sử dụng đất:*

+ Đánh giá điều kiện cho thuê:

Theo quy định hiện hành, người sử dụng đất được thực hiện quyền cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất. Tuy nhiên, tùy thuộc vào từng loại đất cụ thể, việc thực hiện quyền này là khác nhau, cụ thể:

1. Khoản 2 Điều 122 Luật nhà ở năm 2014.

Tổ chức được Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất không có quyền cho thuê quyền sử dụng đất[1].

Tổ chức kinh tế được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê thì có quyền cho thuê quyền sử dụng đất, tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất đối với trường hợp được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất; cho thuê lại quyền sử dụng đất, tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất đối với trường hợp được Nhà nước cho thuê đất thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê[2].

Tổ chức kinh tế được Nhà nước cho thuê đất thu tiền thuê đất hằng năm có quyền cho thuê lại quyền sử dụng đất theo hình thức trả tiền thuê đất hằng năm đối với đất đã được xây dựng xong kết cấu hạ tầng trong trường hợp được phép đầu tư xây dựng kinh doanh kết cấu hạ tầng đối với đất khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế[3].

Hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất nông nghiệp được Nhà nước giao trong hạn mức, đất được Nhà nước giao có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê, được Nhà nước công nhận quyền sử dụng đất, đất nhận chuyển đổi, nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho, nhận thừa kế thì có quyền cho tổ chức, hộ gia đình, cá nhân khác, người Việt Nam định cư ở nước ngoài đầu tư tại Việt Nam thuê quyền sử dụng đất[4].

Người Việt Nam định cư ở nước ngoài về đầu tư tại Việt Nam được Nhà nước Việt Nam giao đất có thu tiền sử dụng đất có quyền cho thuê quyền sử dụng đất, tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất đối với trường hợp được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất; cho thuê lại quyền sử dụng đất, tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với

1. Khoản 2 Điều 173 Luật đất đai năm 2013.
2. Khoản 2 Điều 174 Luật đất đai năm 2013.
3. Khoản 1 Điều 175 Luật đất đai năm 2013.
4. Khoản 1 Điều 179 Luật đất đai năm 2013.

đất đối với trường hợp được Nhà nước cho thuê đất thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê[1].

Người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được Nhà nước Việt Nam cho thuê đất thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được Nhà nước Việt Nam giao đất có thu tiền sử dụng đất để thực hiện dự án thì có quyền cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất, tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất trong thời hạn sử dụng đất[2].

Theo quy định hiện hành, người sử dụng đất được thực hiện quyền cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất khi có các điều kiện chung sau đây[3]:

Thứ nhất, có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất;

Thứ hai, đất không có tranh chấp. Ủy ban nhân dân cấp xã là cấp có thẩm quyền xác nhận hiện trạng đất có tranh chấp hay không có tranh chấp;

Thứ ba, quyền sử dụng đất không bị kê biên để bảo đảm thi hành án;

Thứ tư, trong thời hạn sử dụng đất, tùy thuộc vào từng loại, đất có thời hạn sử dụng có thể phân chia thành: Đất có thời hạn sử dụng ổn định lâu dài (ví dụ, đất ở do hộ gia đình, cá nhân sử dụng; đất nông nghiệp do cộng đồng dân cư sử dụng; đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng, đất rừng sản xuất là rừng tự nhiên; đất thương mại, dịch vụ, đất cơ sở sản xuất phi nông nghiệp của hộ gia đình, cá nhân đang sử dụng ổn định mà không phải là đất được Nhà nước giao có thời hạn, cho thuê; đất xây dựng trụ sở cơ quan; đất xây dựng công trình sự nghiệp của tổ chức sự nghiệp công lập chưa tự chủ tài chính; đất sử dụng vào mục đích quốc phòng, an ninh; đất cơ sở tôn giáo; đất tín ngưỡng; đất giao thông, thủy lợi, đất có di tích lịch sử - văn hóa, danh lam thắng cảnh, đất xây dựng các công trình công cộng khác không có mục đích kinh doanh; đất làm

1. Khoản 1 Điều 183 Luật đất đai năm 2013.
2. Khoản 3 Điều 183 Luật đất đai năm 2013.
3. Khoản 1 Điều 188 Luật đất đai năm 2013.

nghĩa trang, nghĩa địa; đất tổ chức kinh tế sử dụng theo quy định của pháp luật, v.v.) hoặc đất sử dụng có thời hạn. Thời hạn giao đất, cho thuê đất được tính từ ngày có quyết định giao đất, cho thuê đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Do đó, cần căn cứ theo các giấy tờ giao đất, cho thuê đất hay công nhận quyền sử dụng đất để xem xét thời hạn sử dụng đất. Hiện nay, đối với đất sử dụng có thời hạn, thời hạn giao đất, cho thuê đất nhìn chung không quá 50 năm và có thể được xem xét gia hạn (áp dụng với tổ chức sử dụng đất vào mục đích sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối; tổ chức, hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất vào mục đích thương mại, dịch vụ, làm cơ sở sản xuất phi nông nghiệp; tổ chức sử dụng đất để thực hiện các dự án đầu tư; người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài sử dụng đất để thực hiện các dự án đầu tư tại Việt Nam)[1].

+ Quy trình cho thuê đất:

Quy trình cho thuê đất bao gồm các bước chính sau[2]:

Bước 1: Giao kết hợp đồng cho thuê quyền sử dụng đất.

Bước 2: Người sử dụng đất nộp một bộ hồ sơ đăng ký việc cho thuê quyền sử dụng đất với văn phòng đăng ký đất đai tại nơi có đất;

Bước 3: Văn phòng đăng ký đất đai có trách nhiệm kiểm tra hồ sơ, nếu đủ điều kiện theo quy định thì thực hiện các công việc sau đây: *Thứ nhất,* gửi thông tin địa chính đến cơ quan thuế để xác định và thông báo thu nghĩa vụ tài chính đối với trường hợp phải thực hiện nghĩa vụ tài chính theo quy định. *Thứ hai,* xác nhận nội dung biến động vào giấy chứng nhận đã cấp theo quy định của Bộ Tài nguyên và Môi trường. *Thứ ba,* trường hợp phải cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất thì lập hồ sơ trình cơ quan có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất cho người sử dụng đất. *Thứ tư,* chỉnh lý, cập nhật biến động vào hồ sơ địa chính, cơ sở dữ liệu đất đai, trao giấy

1. Khoản 3 Điều 126 Luật đất đai năm 2013.
2. Điều 79 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP.

chứng nhận cho người sử dụng đất hoặc gửi Ủy ban nhân dân cấp xã để trao đổi với trường hợp nộp hồ sơ tại cấp xã.

+ Công chứng, chứng thực:

Theo quy định hiện hành, hợp đồng cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất được công chứng hoặc chứng thực theo yêu cầu của các bên[1]. Việc công chứng thực hiện tại các tổ chức hành nghề công chứng, việc chứng thực thực hiện tại Ủy ban nhân dân cấp xã.

III. GIAO DỊCH KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN

1. Đối tượng của giao dịch kinh doanh bất động sản

Kinh doanh bất động sản được hiểu là việc đầu tư vốn để thực hiện hoạt động xây dựng, mua, nhận chuyển nhượng để bán hoặc chuyển nhượng; cho thuê, cho thuê lại, cho thuê mua bất động sản; thực hiện dịch vụ môi giới bất động sản; dịch vụ sàn giao dịch bất động sản; dịch vụ tư vấn bất động sản hoặc quản lý bất động sản nhằm mục đích sinh lợi.

Kinh doanh bất động sản được trình bày trong phần này được hiểu là hoạt động đầu tư, xây dựng bất động sản để bán hoặc vận hành.

Các dự án bất động sản phổ biến hiện tại gồm:

- Dự án đầu tư kinh doanh cao ốc văn phòng;
- Dự án căn hộ cho thuê;
- Dự án trung tâm thương mại;
- Dự án khách sạn, nhà hàng;
- Dự án về dịch vụ nhà ở;
- Dự án hạ tầng khu công nghiệp;
- Dự án kết hợp cung cấp các loại hình dịch vụ trên;
- Các loại dự án khác.

2. Quyền kinh doanh bất động sản

Về cơ bản, các tổ chức, cá nhân có quyền kinh doanh bất động sản bằng cách thành lập doanh nghiệp hoặc hợp tác xã (sau đây gọi là doanh nghiệp

---

1. Khoản 3 Điều 167 Luật đất đai năm 2013.

kinh doanh bất động sản). Doanh nghiệp kinh doanh bất động sản phải có chức năng kinh doanh bất động sản và có vốn pháp định không thấp hơn 20 tỷ đồng[1]. Việc quy định điều kiện như trên có nghĩa là: Các tổ chức, cá nhân thuộc đối tượng không được thành lập doanh nghiệp và tổ chức không có tư cách pháp nhân; Các tổ chức, cá nhân không có khả năng thành lập doanh nghiệp hoặc hợp tác xã có vốn pháp định tối thiểu 20 tỷ đồng; Tổ chức, cá nhân không thể nhân danh mình kinh doanh bất động sản thì không đủ điều kiện kinh doanh bất động sản.

Điều quan trọng cần lưu ý là các giao dịch kinh doanh bất động sản được đề cập ở đây là các giao dịch được thực hiện với quy mô lớn, thường xuyên. Các quy định về điều kiện nêu trên không áp dụng cho các giao dịch bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua bất động sản thuộc các trường hợp dưới đây[2]:

- Tổ chức, hộ gia đình, cá nhân bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua bất động sản mà không phải do đầu tư dự án bất động sản để kinh doanh hoặc trường hợp hộ gia đình, cá nhân bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua bất động sản do đầu tư dự án bất động sản để kinh doanh nhưng dự án có tổng mức đầu tư dưới 20 tỷ đồng (không tính tiền sử dụng đất);

- Tổ chức chuyển nhượng quyền sử dụng đất, bán nhà, công trình xây dựng do phá sản, giải thể, chia tách;

- Tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, Công ty quản lý tài sản của các tổ chức tín dụng (AMC), Công ty quản lý tài sản của các tổ chức tín dụng Việt Nam (VAMC) và các tổ chức, cá nhân khác chuyển nhượng quyền sử dụng đất, chuyển nhượng dự án bất động sản, bán nhà, công trình xây dựng đang bảo lãnh, thế chấp để thu hồi nợ;

- Tổ chức, hộ gia đình, cá nhân chuyển nhượng quyền sử dụng đất, bán nhà, công trình xây dựng để xử lý tài sản theo quyết định của

1. Khoản 1 Điều 10 Luật kinh doanh bất động sản năm 2014.

2. Điều 5 Nghị định số 76/2015/NĐ-CP ngày 10 tháng 9 năm 2015 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật kinh doanh bất động sản năm 2014 (sau đây gọi tắt là Nghị định số 76/2015/NĐ-CP).

Tòa án, của cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi xử lý tranh chấp, khiếu nại, tố cáo;

- Tổ chức, hộ gia đình, cá nhân đầu tư xây dựng nhà ở để bán, cho thuê, cho thuê mua mà không phải thành lập doanh nghiệp theo quy định của pháp luật về nhà ở;

- Các cơ quan, tổ chức khi được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép chuyển nhượng quyền sử dụng đất, bán nhà, công trình xây dựng thuộc sở hữu nhà nước theo quy định của pháp luật về quản lý tài sản công;

- Tổ chức, hộ gia đình, cá nhân bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua bất động sản thuộc sở hữu của mình.

Cần lưu ý rằng, phạm vi kinh doanh bất động sản của các loại chủ thể khác nhau được quy định khác nhau. Nhìn chung, phạm vi kinh doanh bất động sản của người Việt Nam định cư ở nước ngoài bị hạn chế hơn so với phạm vi kinh doanh bất động sản của tổ chức, cá nhân Việt Nam và phạm vi kinh doanh bất động sản của doanh nghiệp nước ngoài bị hạn chế hơn so với phạm vi kinh doanh bất động sản của người Việt Nam định cư ở nước ngoài. Doanh nghiệp nước ngoài không được quyền mua bán, chuyển nhượng quyền sử dụng đất, nhà, công trình trình xây dựng để bán, cho thuê, cho thuê mua mà chỉ được quyền đầu tư xây dựng mới hoặc thuê để cho thuê lại. Phạm vi kinh doanh bất động sản cụ thể cho từng đối tượng được liệt kê cụ thể tại Bảng 5 Phụ lục.

3. Quy trình phát triển dự án bất động sản

Phát triển, kinh doanh các dự án bất động sản là ngành nghề kinh doanh có điều kiện, ảnh hưởng đến chủ trương phát triển kinh tế, sử dụng quỹ đất và quy hoạch đô thị của khu vực, của quốc gia. Chính vì vậy, quy trình phát triển các dự án bất động sản tương đối phức tạp. Các dự án nhà ở, tòa nhà văn phòng, công trình cơ sở kỹ thuật hạ tầng khác nhau sẽ có quy trình phát triển đặc thù khác nhau. Về cơ bản, quy trình pháp lý của một dự án đầu tư xây dựng phát triển bất động sản trải qua ba giai đoạn: Chuẩn bị đầu tư, thực hiện dự án và hoàn công xây dựng.

a) Giai đoạn chuẩn bị đầu tư:

Bên cạnh việc nghiên cứu quy mô đầu tư, thăm dò thị trường, tìm kiếm khu đất, các thông tin liên quan đến khu đất dự án và lên phương án đầu tư, nhà đầu tư phải chuẩn bị và tiến hành các hoạt động pháp lý trước khi tiến hành dự án, bao gồm ba hoạt động chính là: Xin chủ trương đầu tư, quy hoạch, nhận bàn giao đất và giải phóng mặt bằng khu đất dự án. Cụ thể:

- Trước khi lập dự án đầu tư xây dựng nhà ở, chủ đầu tư phải tổ chức lập, thẩm định, phê duyệt báo cáo nghiên cứu khả thi hoặc báo cáo kinh tế - kỹ thuật đầu tư xây dựng (đối với các dự án được quy định)[1] để xem xét, quyết định đầu tư xây dựng và thực hiện các công việc cần thiết khác liên quan đến chuẩn bị dự án. Sau đó, nhà đầu tư cần làm thủ tục đề nghị quyết định hoặc chấp thuận chủ trương đầu tư theo quy định[2]. Văn bản đề nghị chấp thuận đầu tư là tiền đề cho các bước tiếp theo của dự án đầu tư phát triển bất động sản.

- Quy trình quy hoạch bắt đầu từ việc xin cấp giấy phép quy hoạch để lập quy hoạch chi tiết 1/2000. Sau đó, chủ đầu tư phải có được thỏa thuận quy hoạch kiến trúc để lập quy hoạch 1/500 cho dự án bất động sản. Trong hoạt động quy hoạch, điều cần chú ý nhất là nhà đầu tư phải có được các giấy phép, chứng chỉ, chấp thuận cần thiết, bao gồm: Giấy phép quy hoạch làm cơ sở cho việc lập quy hoạch chi tiết 1/2000 và quy hoạch 1/500 cho dự án; Chứng chỉ quy hoạch được cấp cho chủ đầu tư sau khi đã hoàn thành các bước nêu trên; Phê duyệt quy hoạch chi tiết xây dựng 1/500, quy hoạch tổng mặt bằng và phương án thiết kế sơ bộ.

- Nhận bàn giao đất và giải phóng mặt bằng, rà phá bom mìn (nếu có): Sau khi được phê duyệt quy hoạch chi tiết của dự án, việc bàn giao khu đất, giải phóng mặt bằng cần được tiến hành. Bên cạnh việc xây dựng phương án và thực hiện việc bồi thường, hỗ trợ tái định cư cho các hộ gia đình ở khu đất, chủ đầu tư cần chú ý chuyển đổi mục đích sử dụng đất phù hợp với mục đích sử dụng đất của dự án. Đồng thời, thực hiện toàn bộ các nghĩa vụ thuế liên quan để lấy được Giấy chứng nhận quyền

1. Khoản 2 Điều 5 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP.
2. Khoản 1 Điều 9 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP.

sử dụng đất cho dự án trước khi tiến hành bất cứ hoạt động xây dựng nào trên khu đất.

b) Giai đoạn thực hiện dự án:

Quá trình thực hiện dự án diễn ra theo quy trình sau: Khảo sát xây dựng; lập, thẩm định, phê duyệt thiết kế, dự toán xây dựng; xin cấp Giấy phép xây dựng (đối với công trình theo quy định phải có Giấy phép xây dựng); tổ chức lựa chọn nhà thầu và ký kết hợp đồng xây dựng; thi công xây dựng công trình; giám sát thi công xây dựng; tạm ứng, thanh toán khối lượng hoàn thành; nghiệm thu công trình xây dựng hoàn thành; bàn giao công trình hoàn thành đưa vào sử dụng; vận hành, chạy thử và thực hiện các công việc cần thiết khác[1].

Khảo sát xây dựng và lập, thẩm định, phê duyệt thiết kế, dự toán xây dựng để xin cấp phép xây dựng là hai công đoạn tiếp theo, cũng là hai công đoạn quan trọng, đặt nền móng cho quá trình thực hiện dự án sau này. Trong đó cần đặc biệt lưu ý, các thiết kế cơ sở một bước, hai bước và ba bước là những thiết kế quan trọng nhất trong hoạt động thiết kế[2]. Hồ sơ xin phê duyệt thiết kế, cấp phép xây dựng bao gồm: Tờ trình thẩm định thiết kế theo mẫu; thuyết minh thiết kế, các bản vẽ thiết kế, các tài liệu khảo sát xây dựng liên quan; bản sao quyết định phê duyệt dự án đầu tư xây dựng công trình kèm theo hồ sơ thiết kế cơ sở được phê duyệt hoặc phê duyệt chủ trương đầu tư xây dựng công trình; bản sao hồ sơ về điều kiện năng lực của các chủ nhiệm, chủ trì khảo sát, thiết kế xây dựng công trình; văn bản thẩm duyệt phòng cháy, chữa cháy, báo cáo đánh giá tác động môi trường; báo cáo tổng hợp của chủ đầu tư về sự phù hợp của hồ sơ thiết kế so với quy định hợp đồng; và các báo cáo điện nước, độ cao tĩnh không, kiến trúc, quy hoạch, thiết kế cơ sở đã được duyệt[3].

---

1. Khoản 1 Điều 6 Nghị định số 59/2015/NĐ-CP ngày 18 tháng 6 năm 2015 của Chính phủ quy định về quản lý dự án đầu tư xây dựng được sửa đổi, bổ sung ngày 15 tháng 5 năm 2016 (sau đây gọi tắt là Nghị định số 59/2015/NĐ-CP).

2. Điều 23 Nghị định số 59/2015/NĐ-CP.

3. Điều 29 Nghị định số 46/2014/NĐ-CP ngày 15 tháng 5 năm 2014 của Chính phủ về thu tiền thuê đất, thuê mặt nước được sửa đổi, bổ sung ngày 12 tháng 11 năm 2015, và ngày 9 tháng 9 năm 2016 (sau đây gọi tắt là Nghị định số 46/2014/NĐ-CP).

Sau khi được cấp phép xây dựng, chủ đầu tư có thể tổ chức đấu thầu, lựa chọn nhà thầu và ký kết hợp đồng xây dựng. Trong quá trình xây dựng, chủ đầu tư vẫn có trách nhiệm quản lý dự án, công trình xây dựng trong phạm vi luật định[1].

c) Giai đoạn hoàn công xây dựng:

Hoàn công xây dựng là giai đoạn cuối cùng của một dự án bất động sản trước khi đưa vào khai thác, sử dụng. Trong giai đoạn này, chủ đầu tư cần chú ý các vấn đề pháp lý liên quan đến việc kiểm định chất lượng công trình, hoàn thành hồ sơ công trình xây dựng[2], nghiệm thu phòng cháy, chữa cháy, ghi sổ cập nhật biến động tài sản trên đất và mua bảo hiểm cho công trình.

d) Vận hành và kinh doanh dự án bất động sản:

Dựa trên những đặc điểm cũng như tính chất của bất động sản thì có thể chia bất động sản thành các loại theo quy định tại khoản 1 Điều 107 Bộ luật dân sự năm 2015. Tuy nhiên, danh sách bất động sản được kinh doanh bị giới hạn theo quy định của pháp luật điều chỉnh có liên quan, do vậy không phải bất kỳ loại bất động sản nào cũng được phép kinh doanh trên thị trường.

- Điều kiện của bất động sản đưa vào kinh doanh:

Theo Luật kinh doanh bất động sản năm 2014 thì các loại bất động sản được phép đưa vào kinh doanh gồm có: Nhà, công trình xây dựng có sẵn của các tổ chức, cá nhân; Nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai của các tổ chức, cá nhân; Nhà, công trình xây dựng là tài sản công được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép đưa vào kinh doanh; Các loại đất được phép chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất theo quy định pháp luật về đất đai.

Bất động sản là nhà, công trình xây dựng được đưa vào kinh doanh phải đáp ứng các điều kiện sau đây[3]:

---

1. Mục 2 Nghị định số 46/2014/NĐ-CP.
2. Điều 32, Điều 33, và Điều 34 Nghị định số 46/2014/NĐ-CP.
3. Điều 9 Luật kinh doanh bất động sản năm 2014.

+ Có đăng ký quyền sở hữu nhà, công trình xây dựng gắn liền với đất trong Giấy chứng nhận về quyền sử dụng đất. Đối với nhà, công trình xây dựng có sẵn trong dự án đầu tư kinh doanh bất động sản thì chỉ cần có Giấy chứng nhận về quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đất đai;

+ Không có bất kỳ tranh chấp nào về quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà, công trình xây dựng gắn liền với đất;

+ Không bị kê biên để bảo đảm thi hành án.

Việc kinh doanh bất động sản hình thành trong tương lai được ghi nhận tại Luật kinh doanh bất động sản năm 2014 là quy định mới đáng chú ý và phù hợp với thực tiễn hoạt động kinh doanh bất động sản tại Việt Nam trong thời gian gần đây. Điều kiện để đưa bất động sản hình thành trong tương lai vào kinh doanh như sau:

Thứ nhất, nhà đầu tư phải có giấy tờ về quyền sử dụng đất, hồ sơ dự án thiết kế bản vẽ thi công đã được cấp có thẩm quyền phê duyệt, Giấy phép xây dựng đối với trường hợp phải có Giấy phép xây dựng, giấy tờ về nghiệm thu việc hoàn thành xây dựng cơ sở hạ tầng kỹ thuật tương ứng theo tiến độ dự án. Trường hợp là nhà chung cư, tòa nhà hỗn hợp có mục đích để ở hình thành trong tương lai thì phải có biên bản nghiệm thu đã hoàn thành xong phần móng của tòa nhà đó.

Thứ hai, trước khi bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai, chủ đầu tư phải có văn bản thông báo cho cơ quan quản lý nhà ở cấp tỉnh về việc nhà ở đủ điều kiện được bán, cho thuê mua.

- Đối tượng được mua, nhận chuyển nhượng, thuê, thuê mua bất động sản:

Bất động sản được đưa vào kinh doanh chỉ được bán cho các đối tượng được mua, nhận chuyển nhượng, thuê, thuê mua bất động sản và theo đúng mục đích sử dụng được quy định chi tiết tại Điều 14 Luật kinh doanh bất động sản năm 2014 như sau:

+ Tổ chức, cá nhân trong nước được mua, nhận chuyển nhượng, thuê, thuê mua các loại bất động sản;

+ Người Việt Nam định cư ở nước ngoài, tổ chức, cá nhân nước ngoài được thuê các loại bất động sản để sử dụng; được mua, thuê, thuê mua nhà ở theo quy định của pháp luật về nhà ở;

Người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được mua, thuê mua nhà, công trình xây dựng để sử dụng làm văn phòng làm việc, cơ sở sản xuất, kinh doanh, dịch vụ theo đúng công năng sử dụng của nhà, công trình xây dựng đó;

+ Người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài kinh doanh bất động sản được mua, nhận chuyển nhượng, thuê, thuê mua bất động sản để kinh doanh theo quy định tại Điều 11 Luật kinh doanh bất động sản năm 2014.

- *Quy trình mua bán, thuê, thuê mua bất động sản:*

+ Mua bán, thuê, thuê mua bất động sản có sẵn:

Quy trình	**Bất động sản có sẵn**
1. Điều kiện ký kết[1]	Có Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở; Không thuộc diện đang có tranh chấp, khiếu nại, khiếu kiện về quyền sở hữu; đang trong thời hạn sở hữu nhà ở đối với trường hợp sở hữu nhà ở có thời hạn; Không bị kê biên để thi hành án hoặc để chấp hành quyết định hành chính đã có hiệu lực pháp luật của cơ quan có thẩm quyền; Không thuộc diện đã có quyết định thu hồi đất, có thông báo giải tỏa, phá dỡ nhà ở của cơ quan có thẩm quyền.
2. Công chứng, chứng thực[2]	Phải công chứng hoặc chứng thực
3. Thời điểm có hiệu lực của hợp đồng[3]	Là thời điểm công chứng, chứng thực.

1. Điều 118 Luật nhà ở năm 2014.
2. Khoản 2 Điều 17 Luật kinh doanh bất động sản năm 2014; khoản 2 Điều 122 Luật nhà ở 2014.
3. Khoản 12 Điều 18 Luật kinh doanh bất động sản năm 2014.

4. Thời điểm chuyển quyền sở hữu[1]	Là thời điểm bàn giao nhà hoặc khách hàng đã thanh toán đủ tiền mua.
5. Bán nhà ở có thời hạn[2]	Chủ sở hữu nhà ở có quyền bán nhà ở gắn với việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất trong một thời hạn nhất định. Bên mua nhà ở được cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở trong thời hạn nhận chuyển nhượng. Trong trường hợp bên mua và bên bán có thỏa thuận về việc bên mua nhà ở được quyền bán, tặng cho, để thừa kế, góp vốn bằng nhà ở trong thời hạn sở hữu nhà ở thì bên mua lại, bên được tặng cho, bên được thừa kế, bên nhận góp vốn chỉ được sở hữu nhà ở theo thời hạn mà bên mua nhà ở lần đầu đã thỏa thuận với chủ sở hữu lần đầu.

+ Mua bán, thuê, thuê mua bất động sản hình thành trong tương lai:

Quy trình	**Bất động sản hình thành trong tương lai**
1. Điều kiện ký kết[3]	Có giấy tờ về quyền sử dụng đất; Hồ sơ dự án, thiết kế bản vẽ thi công đã được cấp có thẩm quyền phê duyệt; Có Giấy phép xây dựng (trường hợp phải có Giấy phép xây dựng); Có giấy tờ về nghiệm thu việc hoàn thành xây dựng cơ sở hạ tầng kỹ thuật tương ứng theo tiến độ dự án; Đối với nhà chung cư, tòa nhà hỗn hợp có mục đích để ở, có biên bản nghiệm thu đã hoàn thành xong phần móng của tòa nhà; Có văn bản thông báo cho cơ quan quản lý nhà ở cấp tỉnh về việc nhà ở đủ điều kiện được bán, cho thuê mua; Giấy tờ chứng minh đã giải chấp hoặc biên bản giữa ba bên về việc không cần giải chấp và được mua bán, thuê mua nhà ở đó; hoặc cam kết của bên bán về việc không có thế chấp trong văn bản gửi Sở Xây dựng.

1. Điều 12 Luật nhà ở năm 2014.
2. Điều 7, Điều 8 và Điều 73 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP.
3. Khoản 3 Điều 19 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP.

Quy trình	Bất động sản hình thành trong tương lai
2. Tiến độ thanh toán[1]	Đợt đầu tiên: Không quá 30% giá bán Trước khi bàn giao nhà ở: Không quá 50% (đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài) Trước khi giấy chứng nhận được cấp cho người mua: Không quá 95%
3. Công chứng[2]	Phải công chứng hoặc chứng thực theo quy định của Luật nhà ở năm 2014
4. Bảo lãnh huy động vốn	Trước khi bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai, chủ đầu tư phải được một ngân hàng thương mại bảo lãnh nghĩa vụ tài chính khi chủ đầu tư không bàn giao nhà ở theo đúng tiến độ đã cam kết. Cụ thể: - Ngân hàng Nhà nước công bố danh sách ngân hàng thương mại đủ năng lực thực hiện bảo lãnh. - Bản sao hợp đồng bảo lãnh được gửi cho khách hàng khi ký kết mua, thuê mua. - Hợp đồng bảo lãnh có thời hạn cho đến khi nhà ở được bàn giao cho khách hàng. - Trường hợp chủ đầu tư không bàn giao nhà ở theo tiến độ đã cam kết, khách hàng có quyền yêu cầu ngân hàng hoàn lại cho khách hàng số tiền đã ứng trước và các khoản tiền khác theo hợp đồng mua bán, thuê mua và hợp đồng bảo lãnh đã ký kết.

- Chuyển nhượng dự án bất động sản:

Ở đây đề cập đến việc chuyển nhượng dự án bất động sản bằng phương thức trực tiếp chuyển nhượng dự án. Theo đó, việc chuyển nhượng này sẽ không bao gồm các hình thức chuyển nhượng dự án bất động sản gián tiếp thông qua hình thức khác như mua cổ phần, mua phần vốn góp của công ty sở hữu dự án bất động sản. Một dự án bất động sản có thể được chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ.

---

1. Điểm a khoản 2 Điều 19 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP.
2. Khoản 2 Điều 119 Bộ luật dân sự năm 2015; Điều 122 Luật nhà ở năm 2014; Điều 19 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP.

+ Điều kiện chuyển nhượng, nhận chuyển nhượng:

Thứ nhất, tuân thủ nguyên tắc chuyển nhượng dự án bất động sản, bao gồm: Không làm thay đổi mục tiêu của dự án; Không làm thay đổi nội dung của dự án; Bảo đảm quyền lợi của khách hàng và các bên có liên quan.

Thứ hai, dự án bất động sản đáp ứng điều kiện được phép chuyển nhượng, bao gồm[1]:

Dự án đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt, đã có quy hoạch chi tiết 1/500 hoặc quy hoạch tổng mặt bằng được phê duyệt;

Dự án, phần dự án chuyển nhượng đã hoàn thành xong việc bồi thường, giải phóng mặt bằng. Đối với trường hợp chuyển nhượng toàn bộ dự án đầu tư xây dựng kết cấu hạ tầng thì phải xây dựng xong các công trình hạ tầng kỹ thuật tương ứng theo tiến độ ghi trong dự án đã được phê duyệt;

Dự án không có tranh chấp về quyền sử dụng đất, không bị kê biên để bảo đảm thi hành án hoặc để chấp hành quyết định hành chính của cơ quan nhà nước có thẩm quyền;

Không có quyết định thu hồi dự án, thu hồi đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền; trường hợp có vi phạm trong quá trình triển khai dự án thì chủ đầu tư phải chấp hành xong quyết định xử phạt;

Chủ đầu tư chuyển nhượng đã có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất đối với toàn bộ hoặc phần dự án chuyển nhượng[2].

Thứ ba, bên nhận chuyển nhượng dự án bất động sản điều kiện phải là một doanh nghiệp kinh doanh bất động sản, phải có năng lực tài chính và phải có cam kết tiếp tục việc triển khai đầu tư xây dựng, kinh doanh theo đúng quy định của pháp luật, bảo đảm tiến độ, nội dung dự án[3].

---

1. Khoản 1 Điều 49 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014.
2. Khoản 2 Điều 49 Luật kinh doanh bất động sản năm 2014.
3. Khoản 3 Điều 49 Luật kinh doanh bất động sản năm 2014.

Đối với điều kiện chuyển nhượng, nhận chuyển nhượng dự án bất động sản, Luật sư cần lưu ý những điểm sau:

Bên nhận chuyển nhượng dự án đầu tư bất động sản không cần phải ký quỹ để thực hiện dự án đầu tư, nếu dự án đầu tư đã thực hiện ký quỹ hoặc đã hoàn thành việc góp vốn, huy động vốn theo tiến độ quy định tại Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư, văn bản quyết định chấp thuận đầu tư[1]. Như vậy, bên chuyển nhượng dự án đầu tư trong trường hợp này cũng không thuộc trường hợp được hoàn trả tiền ký quỹ.

Ngoài thủ tục cho việc chấp thuận chuyển nhượng dự án, bên nhận chuyển nhượng sẽ không cần phải thực hiện một số thủ tục đầu tư liên quan đến việc chấp thuận dự án đầu tư (ví dụ như hồ sơ dự án, quy hoạch xây dựng và Giấy phép xây dựng của dự án, v.v.) nếu không có sự thay đổi về nội dung chấp thuận chủ trương đầu tư, quyết định đầu tư của dự án[2].

+ Quy trình chuyển nhượng dự án bất động sản:

Trong quy trình chuyển nhượng dự án bất động sản Luật sư cần lưu ý hai vấn đề:

Thứ nhất, trình tự chuyển nhượng dự án bất động sản:

Trình tự, thủ tục chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, cấp huyện quyết định việc đầu tư cho chủ đầu tư khác để tiếp tục đầu tư kinh doanh thực hiện như sau[3]: Chủ đầu tư chuyển nhượng gửi một bộ hồ sơ đề nghị chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án đến Ủy ban nhân dân cấp tỉnh nơi có dự án hoặc cơ quan được Ủy ban nhân dân cấp tỉnh ủy quyền; Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận đủ hồ sơ hợp lệ, cơ quan đầu mối trên có trách nhiệm

1. Điều 27 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP ngày 12 tháng 11 năm 2015 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật đầu tư năm 2014.

2. Khoản 4 Điều 48 Luật kinh doanh bất động sản năm 2014.

3. Điều 12 Nghị định số 76/2015/NĐ-CP.

lấy ý kiến của Sở Kế hoạch và Đầu tư, Sở Tài chính, Sở Tài nguyên và Môi trường, Sở Xây dựng, Cục thuế và Sở quản lý chuyên ngành, tổ chức thẩm định và báo cáo Ủy ban nhân dân cấp tỉnh ký ban hành quyết định cho phép chuyển nhượng; Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày có quyết định cho phép chuyển nhượng dự án hoặc một phần dự án của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, các bên phải hoàn thành việc ký kết hợp đồng chuyển nhượng và hoàn thành việc bàn giao dự án hoặc phần dự án; Việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất của dự án hoặc một phần dự án được phép chuyển nhượng thực hiện theo quy định của pháp luật về đất đai.

Trường hợp dự án do Thủ tướng Chính phủ quyết định việc đầu tư, cơ quan đầu mối nhận hồ sơ sẽ là Ủy ban nhân dân cấp tỉnh nơi có dự án[1]. Ngoài ra, thời hạn cho quá trình này cũng kéo dài hơn, cụ thể là 45 ngày[2].

Thứ hai, các nghĩa vụ sau khi đã được chấp thuận chuyển nhượng dự án bất động sản[3]:

Chủ đầu tư nhận chuyển nhượng có trách nhiệm tiếp tục triển khai dự án hoặc phần dự án ngay sau khi nhận bàn giao;

Chủ đầu tư chuyển nhượng có trách nhiệm bàn giao cho chủ đầu tư nhận chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần hồ sơ dự án, có biên bản bàn giao kèm theo danh mục hồ sơ;

Trước khi làm thủ tục bàn giao, chủ đầu tư chuyển nhượng phải thông báo bằng văn bản cho tất cả khách hàng và thông báo trên phương tiện thông tin đại chúng trước 15 ngày;

Trường hợp khách hàng hoặc các bên có liên quan có ý kiến về quyền lợi của mình liên quan đến dự án hoặc một phần dự án chuyển nhượng thì chủ đầu tư chuyển nhượng có trách nhiệm giải quyết theo quy định của pháp luật trước khi ký hợp đồng chuyển nhượng.

---

1. Khoản 1 Điều 13 Nghị định số 76/2015/NĐ-CP.
2. Khoản 2 Điều 13 Nghị định số 76/2015/NĐ-CP.
3. Khoản 4 Điều 12 Nghị định số 76/2015/NĐ-CP.

IV. SỞ HỮU NHÀ Ở CỦA NGƯỜI VIỆT NAM ĐỊNH CƯ Ở NƯỚC NGOÀI, TỔ CHỨC, CÁ NHÂN NƯỚC NGOÀI

Luật nhà ở năm 2014 ra đời đã tạo điều kiện cho người Việt Nam định cư ở nước ngoài, tổ chức, cá nhân nước ngoài được sở hữu nhà ở tại Việt Nam. Theo đó, các đối tượng này phải tuân thủ những điều kiện quy định dưới đây để có thể sở hữu hợp pháp nhà ở tại Việt Nam. Dưới đây là những mối quan tâm chính của khách hàng mà Luật sư thường gặp khi tham gia tư vấn giao dịch nhà ở cho họ tại Việt Nam.

1. Sở hữu nhà ở của người Việt Nam định cư ở nước ngoài

Giấy tờ chứng minh đối tượng và điều kiện được sở hữu nhà ở tại Việt Nam[1]	Khách hàng mang hộ chiếu Việt Nam: Hộ chiếu phải còn giá trị và có đóng dấu kiểm chứng nhập cảnh của cơ quan quản lý xuất nhập cảnh Việt Nam; Khách hàng mang hộ chiếu nước ngoài: Hộ chiếu còn giá trị, có đóng dấu kiểm chứng nhập cảnh của cơ quan quản lý xuất nhập cảnh Việt Nam và có giấy tờ chứng minh còn quốc tịch Việt Nam hoặc giấy tờ xác nhận là người gốc Việt Nam do Sở Tư pháp, cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài, cơ quan quản lý về người Việt Nam ở nước ngoài cấp.
Hình thức sở hữu nhà ở[2]	Mua, thuê mua nhà ở thương mại của doanh nghiệp, hợp tác xã kinh doanh bất động sản; Mua, nhận tặng cho, nhận đổi, nhận thừa kế nhà ở của hộ gia đình, cá nhân; Nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất ở trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở thương mại được phép bán nền.
Thời gian sở hữu nhà ở[3]	Ổn định lâu dài

1. Khoản 2 Điều 5 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP.
2. Điểm b khoản 2 Điều 8 Luật nhà ở năm 2014.
3. Điều 10 Luật nhà ở năm 2014.

2. Sở hữu nhà ở của tổ chức, cá nhân nước ngoài

Giấy tờ chứng minh điều kiện được sở hữu nhà ở tại Việt Nam[1]	Khách hàng là cá nhân: Hộ chiếu còn giá trị, có đóng dấu kiểm chứng nhập cảnh của cơ quan quản lý xuất nhập cảnh, không thuộc diện ưu đãi, miễn trừ ngoại giao. Khách hàng là tổ chức: Có Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư hoặc giấy tờ do cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam cho phép hoạt động tại Việt Nam còn hiệu lực tại thời điểm ký kết các giao dịch về nhà ở.
Nhà ở được sở hữu[2]	Nhà ở (căn hộ chung cư và nhà ở riêng lẻ) trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở thương mại.
Hình thức sở hữu nhà ở[3]	Đầu tư xây dựng nhà ở theo dự án tại Việt Nam theo quy định của pháp luật; Mua, thuê mua, nhận tặng cho, nhận thừa kế nhà ở.
Thời gian sở hữu nhà ở[4]	- Cá nhân nước ngoài: Sở hữu nhà ở theo thỏa thuận trong hợp đồng mua bán, thuê mua, tặng cho, nhận thừa kế nhà ở nhưng tối đa không quá 50 năm, kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận và có thể được gia hạn thêm. - Cá nhân nước ngoài kết hôn với công dân Việt Nam hoặc kết hôn với người Việt Nam định cư ở nước ngoài thì được sở hữu nhà ở ổn định, lâu dài và có các quyền của chủ sở hữu nhà ở như công dân Việt Nam. - Tổ chức nước ngoài: Được sở hữu nhà ở theo thỏa thuận trong hợp đồng mua bán, thuê mua, tặng cho, nhận thừa kế nhà ở nhưng tối đa không vượt quá thời hạn ghi trong Giấy chứng nhận đầu tư, bao gồm cả thời gian được gia hạn thêm; thời hạn sở hữu được tính từ ngày được cấp giấy chứng nhận. - Trường hợp trước khi hết hạn sở hữu nhà ở mà tổ chức, cá nhân nước ngoài bán hoặc tặng cho nhà ở: + Bên mua, bên nhận tặng là tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trong nước, người Việt Nam định cư ở nước ngoài sẽ được sở hữu nhà ở ổn định lâu dài; + Bên mua, bên nhận tặng cho tổ chức, cá nhân nước ngoài thuộc diện được sở hữu nhà ở tại Việt Nam thì chỉ được sở hữu nhà ở trong thời hạn còn lại, và có thể được gia hạn.

1. Khoản 2 Điều 5 và Điều 74 nghị định số 99/2015/NĐ-CP.
2. Khoản 1 Điều 75 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP.
3. Điều 159 Luật nhà ở năm 2014.
4. Điểm c khoản 2 Điều 161 Luật nhà ở năm 2014.

Số lượng nhà ở được sở hữu[1]	- Không quá 30% tổng số căn hộ của một tòa nhà chung cư và không quá 30% tổng số căn hộ của tất cả các tòa nhà chung cư trên một địa bàn có số dân tương đương một đơn vị hành chính cấp phường. - Nếu trên một địa bàn có số dân tương đương một đơn vị hành chính cấp phường mà có dự án đầu tư xây dựng nhà ở thương mại, trong đó có nhà ở riêng lẻ để bán, cho thuê mua, tổ chức, cá nhân nước ngoài được sở hữu số lượng nhà ở riêng lẻ như sau: + Một (01) dự án có số lượng nhà ở riêng lẻ dưới 2.500 căn: Được sở hữu không quá 10% tổng số lượng nhà ở trong dự án; + Một (01) dự án có số lượng nhà ở riêng lẻ tương đương 2.500 căn: Được sở hữu không quá 250 căn; + Hai (02) dự án trở lên mà tổng số nhà ở riêng lẻ trong các dự án này ít hơn hoặc bằng 2.500 căn: Được sở hữu không quá 10% số lượng nhà ở của mỗi dự án.
Thông tin về dự án và số lượng nhà ở được sở hữu[2]	Sở Xây dựng công bố công khai trên cổng thông tin điện tử của sở: - Danh mục dự án nhà ở nằm trong khu vực không được phép mua; - Số lượng nhà ở được sở hữu tại mỗi dự án/mỗi tòa nhà chung cư; - Số lượng nhà ở mà tổ chức, cá nhân nước ngoài đã mua, thuê mua, đã được cấp giấy chứng nhận tại mỗi dự án; - Số lượng căn hộ chung cư được sở hữu trong trường hợp một địa bàn có số dân tương đương đơn vị hành chính cấp phường có nhiều tòa nhà chung cư; số lượng nhà ở riêng lẻ được sở hữu trong trường hợp trên một địa bàn có số dân tương đương một đơn vị hành chính cấp phường mà có một hoặc nhiều dự án nhưng có tổng số lượng nhà ở riêng lẻ ít hơn hoặc tương đương bằng 2.500 căn.

1. Khoản 3 Điều 76 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP.
2. Khoản 1 Điều 76 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP.

Thông báo việc ký hợp đồng mua bán, thuê mua, tặng cho[1]	Trước khi ký hợp đồng mua bán, thuê mua, tặng cho nhà ở: Bên bán, cho thuê, tặng cho phải kiểm tra thông tin trên Cổng thông tin điện tử của Sở Xây dựng hoặc đề nghị Sở Xây dựng cung cấp thông tin để xác định số lượng nhà ở được bán, cho thuê mua, được tặng cho. Sở Xây dựng có trách nhiệm cung cấp thông tin trong ngày. Sau khi ký hợp đồng mua bán, cho thuê mua, tặng cho nhà ở: Bên bán, cho thuê, tặng cho phải thông báo ngay thông tin trong ngày (bằng thư điện tử và bằng văn bản) về địa chỉ nhà ở đã bán, cho thuê mua, đã tặng cho đến Sở Xây dựng nơi có nhà ở để đăng tải trên cổng thông tin điện tử của sở; sau khi nhận được thông tin, Sở Xây dựng phải kiểm tra và đăng tải ngay trên cổng thông tin điện tử của sở.

1. Khoản 3 Điều 79 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP.

Chương 6
TƯ VẤN LĨNH VỰC XÂY DỰNG

Chương này trình bày một số vấn đề pháp lý cơ bản liên quan đến các vấn đề tư vấn mà Luật sư thường gặp trong lĩnh vực xây dựng, bao gồm: Hợp đồng xây dựng, quy định về hợp đồng xây dựng theo luật Việt Nam và theo Hiệp hội quốc tế các kỹ sư tư vấn (FIDIC).

Khung pháp lý điều chỉnh các vấn đề nêu trên chủ yếu được quy định tại Luật xây dựng năm 2003 sửa đổi, bổ sung năm 2009 (sau đây gọi tắt là Luật xây dựng năm 2003), Luật xây dựng năm 2014, Nghị định số 48/2010/NĐ-CP ngày 7 tháng 5 năm 2010 của Chính phủ quy định về hợp đồng trong hoạt động xây dựng được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 207/2013/NĐ-CP ngày 11 tháng 12 năm 2013 (sau đây gọi tắt là Nghị định số 48/2010/NĐ-CP), Nghị định số 37/2015/NĐ-CP ngày 22 tháng 4 năm 2015 của Chính phủ quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng và các văn bản hướng dẫn thi hành (sau đây gọi tắt là Nghị định số 37/2015/NĐ-CP); Luật đấu thầu năm 2005 sửa đổi, bổ sung năm 2009 (sau đây gọi tắt là Luật đấu thầu năm 2005), Luật đấu thầu năm 2013 sửa đổi, bổ sung năm 2016 (sau đây gọi tắt là Luật đấu thầu năm 2013) và các văn bản hướng dẫn thi hành; Bộ luật dân sự năm 2005, nay là Bộ luật dân sự năm 2015 và các quy định của hợp đồng FIDIC.

Tại chương này, một số quy định của pháp luật đã hết hiệu lực như Luật xây dựng năm 2003, Luật đấu thầu năm 2005, Nghị định số 48/2010/NĐ-CP, và Nghị định số 99/2007/NĐ-CP ngày 13 tháng 6 năm 2007 của Chính phủ về việc quản lý chi phí đầu tư xây dựng

công trình được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 03/2008/NĐ-CP ngày 7 tháng 1 năm 2008, bởi Nghị định số 112/2009/NĐ-CP ngày 14 tháng 12 năm 2009, và bởi Nghị định số 48/2010/NĐ-CP ngày 7 tháng 5 năm 2010 (sau đây gọi tắt là Nghị định số 99/2007/NĐ-CP) vẫn được viện dẫn để đối chiếu hoặc để làm rõ lý do thay đổi so với các quy định hiện tại, đặc biệt là Nghị định số 37/2015/NĐ-CP và Thông tư số 09/2016/TT-BXD ngày 10 tháng 3 năm 2016 của Bộ Xây dựng hướng dẫn hợp đồng thi công xây dựng công trình (sau đây gọi tắt là Thông tư số 09/2016/TT-BXD).

Phương pháp luận chủ yếu được trình bày xuyên suốt chương này là: Trình bày vấn đề; phân tích và đánh giá; đưa ra các kết luận và kiến nghị cần thiết. Tuy nhiên, tại một số tiểu mục, do tính chất đặc thù, các phương pháp luận sẽ không được trình bày rõ ràng hoặc được lược bớt những phần không quan trọng.

I. HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG

1. Khung pháp lý về hợp đồng xây dựng

Tại Việt Nam, hợp đồng trong lĩnh vực xây dựng (hợp đồng xây dựng) về cơ bản được xác định là một loại hợp đồng dân sự[1]. Điều này có nghĩa là việc thiết lập (giao kết) và thực hiện hợp đồng xây dựng sẽ trực tiếp dựa trên nguồn luật cơ bản là Luật xây dựng năm 2014, Bộ luật dân sự năm 2015 cũng như các văn bản hướng dẫn thi hành.

Khi giao kết và thực hiện hợp đồng xây dựng, các bên phải lưu ý tới những đặc thù của lĩnh vực xây dựng, chẳng hạn như nguyên tắc bảo đảm năng lực thực hiện của nhà thầu; nguyên tắc ưu tiên sử dụng nhà thầu phụ trong nước; nguyên tắc thống nhất giữa các gói thầu; nguyên tắc tuân thủ các nội dung đã cam kết dựa trên tinh thần trung thực, hợp tác và đúng pháp luật[2].

---

1. Khoản 1 Điều 2 Nghị định số 37/2015/NĐ-CP; khoản 1 Điều 2 Nghị định số 48/2010/NĐ-CP.

2. Điều 138 Luật xây dựng năm 2014; Điều 4 Nghị định số 37/2015/NĐ-CP; Điều 4 Nghị định số 48/2010/NĐ-CP.

Bởi vậy, Luật thương mại năm 2005 chỉ được viện dẫn và áp dụng trực tiếp cho (các) vấn đề phát sinh của hợp đồng xây dựng nếu: Vấn đề phát sinh không chịu sự điều chỉnh của hai nguồn luật nêu trên hoặc Luật thương mại năm 2005 được dẫn chiếu như là quy phạm áp dụng trực tiếp.

2. Vai trò của thời gian trong hợp đồng xây dựng

Hoạt động xây dựng được xem là công việc đầu tiên và quan trọng bậc nhất trong quá trình triển khai, kinh doanh, vận hành hoặc sử dụng bất kỳ công trình hoặc dự án nào. Do vậy, chủ đầu tư (và những nhà tư vấn của họ) thường yêu cầu nhà thầu phải hoàn thành công trình hoặc dự án trong thời gian đã định. Việc không hoàn thành công trình hoặc dự án theo đúng thời gian đã định sẽ dẫn tới nhiều hệ lụy nguy hiểm, bao gồm cả những thiệt hại do việc phải kéo dài thời gian thực hiện, chi phí quản lý, thi công và vận hành công trình hoặc dự án tăng cao, các chủ thể thứ ba khiếu nại về quyền, v.v..

Trừ những trường hợp đặc thù hoặc những dự án có quy mô hay giá trị đầu tư nhỏ, hầu hết các trường hợp còn lại đều dựa trên các hợp đồng xây dựng có thời gian thực hiện công việc kéo dài. Trong nhiều trường hợp, thời gian thực hiện hợp đồng xây dựng có thể kéo dài tới nhiều năm.

Chính vì vậy, sự thay đổi về bối cảnh trong tương lai so với bối cảnh khi tiến hành ký kết hợp đồng, bao gồm cả việc thay đổi về luật pháp, về điều kiện tài chính, về giá cả, về nhân sự, v.v., của tất cả các bên có liên quan trong hợp đồng xây dựng thường xuyên xảy ra.

Không chỉ kéo dài về mặt thời gian thực hiện công việc, hợp đồng xây dựng thông thường còn có các quy định mà ở đó cho phép nhà thầu được quyền kéo dài thực hiện, trong đó phải kể tới[1]:

- Việc kéo dài do lỗi của nhà thầu (thiếu năng lực, kinh nghiệm, lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán, vi phạm an toàn lao động, v.v.);

- Việc chậm trễ của một hoặc một số gói thầu/hợp đồng khác có liên quan trong dự án;

- Việc bổ sung, thay đổi công việc;

1. Khoản 4 và 5 Điều 8 Hợp đồng FIDIC Red Book 1999.

- Tình trạng thời tiết diễn biến bất thường;

- Do can thiệp quá mức hoặc không thực hiện đúng thủ tục của cơ quan chức năng;

- Do xảy ra tình huống bất khả kháng hoặc điều kiện vật chất không thể dự đoán trước;

- Do chủ đầu tư vi phạm các quy định của hợp đồng (chậm trễ thanh toán, chậm trễ xác nhận/chấp thuận, chậm bàn giao mặt bằng, v.v.).

Vì vậy, tùy thuộc vào vai trò và vị trí của mình khi tư vấn cho khách hàng về hợp đồng xây dựng, Luật sư cần cân nhắc kỹ các trường hợp gia hạn mà chủ đầu tư hoặc nhà thầu có thể sẽ phải đối mặt hoặc trường hợp được quyền yêu cầu gia hạn thời gian hoàn thành khi gặp một trong những vấn đề như đã được liệt kê.

Cũng cần lưu ý rằng, việc xem xét, đánh giá những sự kiện dẫn tới kéo dài thời gian thực hiện hợp đồng trong hợp đồng xây dựng là một vấn đề phức tạp, nếu không nói là phức tạp nhất, bên cạnh vấn đề điều chỉnh giá hợp đồng do thay đổi chi phí.

Bên cạnh những yếu tố về trình độ và nhận thức của các bên đối với vấn đề gia hạn thời gian hoàn thành, quy định của pháp luật có liên quan, v.v., thì những yêu cầu về: Thời gian đệ trình thông báo sự kiện dẫn tới kéo dài thời gian hoàn thành công việc; chi tiết ảnh hưởng của những sự kiện đó tới việc hoàn thành công việc; việc lưu giữ các hồ sơ, tài liệu, chứng cứ hoặc dữ liệu của nhà thầu về những tác động của những sự kiện đó, v.v., cũng đóng vai trò rất quan trọng. Việc đệ trình không đúng hạn, không đầy đủ có thể dẫn tới việc khiếu nại gia hạn thời gian hoàn thành bị bác bỏ bởi chủ đầu tư hoặc bởi cơ quan tài phán (Trọng tài hoặc Tòa án) mà các bên đã lựa chọn.

Việc gia hạn bất kỳ thời gian thực hiện hợp đồng nào cũng ảnh hưởng trực tiếp tới chi phí thực hiện hợp đồng, bao gồm nhưng không giới hạn chi phí gián tiếp, chi phí trực tiếp và lợi nhuận dự kiến. Trong rất nhiều trường hợp, việc bảo vệ quyền được yêu cầu gia hạn thời gian hoàn thành sẽ giúp cho nhà thầu không chỉ tránh khỏi việc phải chịu

trách nhiệm về thiệt hại do sự chậm trễ mà còn có thể có được một sự bù đắp tài chính xứng đáng từ sự gia hạn đó. Ngược lại, việc bác bỏ các yêu cầu gia hạn thời gian hoàn thành sẽ đồng thời trao cho chủ đầu tư quyền được khiếu nại về những thiệt hại do chậm trễ và/hoặc từ chối các nghĩa vụ khác phát sinh từ việc gia hạn, chẳng hạn việc điều chỉnh giá hợp đồng.

Chính sự đối lập trực tiếp về lợi ích giữa các bên liên quan đến việc gia hạn thời gian hoàn thành công việc đã dẫn đến nhiều tranh chấp xây dựng xảy ra trên thực tế xuất phát từ hoặc có liên quan trực tiếp tới vấn đề này. Do đó, khi tư vấn cho khách hàng, Luật sư không thể bỏ qua yếu tố này nhằm phòng tránh những hệ quả tiêu cực có thể xảy ra.

Đối với một sự kiện hay tình huống có thể ảnh hưởng trực tiếp, dẫn tới việc kéo dài thời gian thực hiện hợp đồng, Luật sư cần sự trợ giúp của kỹ sư hoặc chuyên gia về tiến độ hoặc những người am hiểu về bản chất công việc để đánh giá vấn đề được chính xác, chi tiết và đa chiều. Đối với Luật sư, phương pháp luận chủ yếu có thể đề xuất kiểm tra hoặc sử dụng để đánh giá các yêu cầu gia hạn thời gian hoàn thành bao gồm:

- Có hay không có tình huống hoặc sự kiện dẫn tới việc gia hạn thời gian hoàn thành;

- Nhà thầu đã thực hiện việc thông báo và đệ trình đúng hạn các chi tiết ảnh hưởng từ sự kiện hay tình huống dẫn tới việc kéo dài thời gian hoàn thành hay không;

- Nhà thầu đã thực hiện những biện pháp hay giải pháp nào được xem là cần thiết để khắc phục, vượt qua hoặc giảm thiểu những ảnh hưởng tiêu cực của hoàn cảnh;

- Có hay không tình huống trễ hạn xảy ra đồng thời (nhà thầu cũng có lỗi trong việc trễ hạn những công việc khác, ở khía cạnh khác đã xảy ra hoặc kết thúc trùng với khoảng thời gian mà chủ đầu tư có lỗi dẫn tới trễ hạn thời gian hoàn thành);

- Có hay không những tình huống hoặc sự kiện mà nhà thầu có thể đẩy nhanh tiến độ để bù đắp lại những sự kiện gây ra trễ hạn.

Tóm lại, đối với hợp đồng xây dựng thì thời gian là chi phí. Nguyên lý này là cốt lõi và sẽ là chìa khóa cho việc giải quyết những vấn đề khác có thể nảy sinh.

3. Hợp đồng xây dựng mang yếu tố tư nhân[1]

Tại Việt Nam hiện nay, vẫn còn nhiều lỗ hổng pháp lý liên quan đến hợp đồng xây dựng mang yếu tố tư nhân. Cụ thể, tới thời điểm hiện tại, mới chỉ có những quy định của pháp luật áp dụng cho hợp đồng xây dựng có yếu tố nhà nước[2], chẳng hạn: Dự án đầu tư xây dựng của cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, đơn vị thuộc lực lượng vũ trang nhân dân, đơn vị sự nghiệp công lập; dự án đầu tư xây dựng của doanh nghiệp nhà nước; dự án đầu tư xây dựng có sử dụng vốn nhà nước, vốn của doanh nghiệp nhà nước từ 30% trở lên hoặc dưới 30% nhưng trên 500 tỷ đồng trong tổng mức đầu tư của dự án. Việc áp dụng các quy định của Nghị định số 37/2015/NĐ-CP hoặc của Luật đấu thầu năm 2013 cho những trường hợp khác chỉ mang tính chất khuyến khích[3].

Trong khi đó, tại Chương XVIII Bộ Luật dân sự năm 2005, nay là Chương XVI của Bộ luật dân sự năm 2015, pháp luật không dành bất kỳ quy định nào để nói về hợp đồng xây dựng. Riêng Luật xây dựng năm 2014 chỉ dành một phần nhỏ để đề cập vấn đề hợp đồng xây dựng (từ Điều 138 đến Điều 147).

Việc không có luật hoặc văn bản dưới luật chuyên ngành để áp dụng cho những hợp đồng xây dựng mang yếu tố tư nhân đã dẫn tới nhiều khó khăn trong quá trình áp dụng, cũng như khiến cho các giao dịch liên quan đến loại hợp đồng này chứa đựng nhiều rủi ro mà không phải

1. Trong chương này, cụm từ "mang yếu tố tư nhân" có nghĩa là tất cả những trường hợp mà không thuộc các trường hợp áp dụng hoặc không phải là chủ thể của việc áp dụng các quy định tại Điều 1 Nghị định số 37/2015/NĐ-CP hoặc Điều 1 và Điều 2 Luật đấu thầu năm 2013.

2. Điều 1 Nghị định số 37/2015/NĐ-CP; Điều 1 và Điều 2 Luật đấu thầu năm 2013.

3. Điều 1 Nghị định số 37/2015/NĐ-CP; Điều 1 Nghị định số 48/2010/NĐ-CP; Điều 1 Thông tư số 09/2016/TT-BXD; Điều 1 Thông tư số 09/2011/TT-BXD; Điều 2 Luật đấu thầu năm 2013.

chủ đầu tư, nhà thầu, nhà tư vấn và Luật sư nào cũng có thể giải quyết. Về khía cạnh lựa chọn luật áp dụng, để ký kết và thực hiện hợp đồng xây dựng mang yếu tố tư nhân, các bên trong quan hệ hợp đồng xây dựng chỉ có ba phương án lựa chọn, đó là: Phương án áp dụng tương tự pháp luật, phương án áp dụng sự thỏa thuận của các bên và phương án sử dụng quy định mẫu của bên thứ ba được các bên thừa nhận, chẳng hạn các quy định của hợp đồng xây dựng do FIDIC giới thiệu. Mỗi phương án đều có những rủi ro tiềm tàng của nó. Cụ thể:

Thứ nhất, phương án áp dụng tương tự pháp luật, tức là các bên ngầm định hoặc bày tỏ rõ ràng về việc lấy các quy định của Nghị định số 37/2015/NĐ-CP hoặc Thông tư số 09/2016/TT-BXD hoặc các văn bản trước đó để áp dụng cho hợp đồng xây dựng mà họ đang tham gia. Cách áp dụng này có thể tạo ra sự bất cập về nguyên tắc quản lý vốn ngân sách nhà nước. Theo đó, khi áp dụng các quy định này vào quan hệ hợp đồng xây dựng mang yếu tố tư nhân, nhà thầu có nguy cơ bị đẩy vào vị thế thấp hơn. Ngoài ra, việc áp dụng như vậy sẽ khó khăn cho các bên trong việc xác định đúng ý nghĩa, nội hàm cũng như các chủ thể mà các văn bản này đang hướng tới, bởi trong nhiều trường hợp, các bên khó có thể tìm thấy ý nghĩa tương đương hoặc không thể có chủ thể tương tự cho quan hệ hợp đồng xây dựng mà mình tham gia.

Như vậy, trừ trường hợp các bên thống nhất việc áp dụng trên nguyên tắc "tinh thần luật" thì việc áp dụng triệt để Nghị định số 37/2015/NĐ-CP rất dễ gây ra các tranh chấp hoặc bất đồng. Điều này thậm chí còn phức tạp hơn khi các bên biến mình trở thành chủ thể chịu sự điều chỉnh của nghị định, thông tư mà lẽ ra họ không phải là chủ thể áp dụng.

Thứ hai, phương án sử dụng áp dụng sự thỏa thuận của các bên - tức là các bên tự đưa ra những yêu cầu, đề xuất cho hoàn cảnh riêng của mình và tự cân nhắc để thống nhất với nhau nếu xét thấy những điều đó là phù hợp. Những rủi ro thường xảy ra bao gồm: Không lường trước hết những vấn đề có thể xảy ra trong một hợp đồng xây dựng, từ vấn đề cấu trúc hợp đồng, thứ tự ưu tiên, các quy định vận hành, tới việc lựa

chọn phương thức giải quyết tranh chấp, v.v.; không có cơ chế hoặc chế tài đầy đủ và khả thi để áp dụng cho trường hợp mà các bên đang phải đối mặt; hoặc việc áp dụng diễn ra theo nhiều biến thể, tạo ra sự không thống nhất về cách hiểu và vận dụng luật cho cùng một vấn đề cụ thể mà bản chất là như nhau, tạo ra sự thiếu đồng bộ, thống nhất.

Thứ ba, phương pháp sử dụng quy định mẫu của bên thứ ba được các bên thừa nhận, chẳng hạn các quy định của hợp đồng xây dựng do FIDIC giới thiệu. Đối với phương pháp này, nội dung mà các bên viện dẫn có thể khắc phục được những bất cập của hai phương pháp nêu trên, tuy nhiên trong trường hợp lựa chọn áp dụng theo phương án này, các bên sẽ gặp phải những khó khăn khác, chẳng hạn: Sự khác biệt về hệ thống thông luật và hệ thống dân luật; sự khác biệt hoặc không đồng nhất trong nguyên tắc luật dân sự Việt Nam về hợp đồng so với nguyên tắc của các hợp đồng mẫu; sự thiếu hiểu biết cặn kẽ các quy định của hợp đồng mẫu dẫn tới việc áp dụng không chính xác; việc tiếp cận khác biệt của các bên về cùng một quy định.

Những vấn đề cần lưu ý:

Khi thực hiện việc tư vấn cho khách hàng, câu hỏi đầu tiên mà Luật sư cần thiết phải đặt ra đó là: Quan hệ hợp đồng xây dựng mà họ đang tham gia có sử dụng hay không sử dụng vốn ngân sách nhà nước. Trừ những trường hợp các bên buộc phải áp dụng các quy định của Nghị định số 37/2015/NĐ-CP, Luật đấu thầu năm 2013, thì Luật sư cần tìm hiểu kỹ bản chất của quan hệ hợp đồng xây dựng mà khách hàng đang tham gia, trong trường hợp áp dụng nguyên tắc luật hoặc những quy định của hợp đồng mẫu mà khách hàng đang tham chiếu, Luật sư cần giải thích và vận dụng, hiệu chỉnh cho phù hợp với thực tế, bối cảnh và tình huống của khách hàng để từ đó có giải pháp phù hợp nhất.

Về lâu dài, việc giới thiệu một hoặc một số hợp đồng hoặc quy định mẫu trong lĩnh vực xây dựng là cần thiết, không chỉ để áp dụng cho các nguồn vốn nhà nước mà cả cho các trường hợp mang yếu tố tư nhân.

4. Các nguồn luật điều chỉnh

Mặc dù như đã nêu ở trên, hai nguồn luật quan trọng để điều chỉnh quan hệ hợp đồng xây dựng là Bộ luật dân sự năm 2015 và Luật xây dựng năm 2014, tuy nhiên, do tính chất đặc thù của lĩnh vực xây dựng là có sự tham gia của nhiều chủ thể cung cấp dịch vụ, nên thông thường sẽ có nhiều hơn một nhà thầu có năng lực, kinh nghiệm và điều kiện tài chính cần thiết để có thể đảm nhận được công việc/dịch vụ do chủ đầu tư đề ra. Do vậy, việc lựa chọn nhà thầu thường dựa trên kết quả đấu thầu. Đây có thể xem là lý do dẫn tới việc ký kết hợp đồng xây dựng còn chịu sự điều chỉnh của những nguồn luật khác, đặc biệt là Luật đấu thầu năm 2013 và các văn bản hướng dẫn thi hành.

Vấn đề sẽ trở nên đơn giản nếu như việc áp dụng Luật xây dựng năm 2014 và Luật đấu thầu năm 2013 có sự phân biệt cụ thể về giới hạn và phạm vi điều chỉnh. Tuy nhiên, trên thực tế, các quy định và việc áp dụng của hai nguồn luật này có nhiều chồng lấn và vì vậy còn nhiều vấn đề mà Luật sư cần lưu ý khi tư vấn cho khách hàng, chẳng hạn việc xác định luật áp dụng cho các tình huống cụ thể sau đây[1].

a) Hợp đồng xây dựng có thể do một bên (một thành viên) trong liên danh ký thay mặt liên danh hay không:

Luật xây dựng năm 2014 quy định: *"*Các thành viên trong liên danh phải ký tên, đóng dấu (nếu có) vào hợp đồng xây dựng, *trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác*"[2].

Trong khi đó, theo quy định của Luật đấu thầu năm 2013 thì: "Đối với nhà thầu liên danh, *tất cả thành viên tham gia liên danh phải trực tiếp ký, đóng dấu (nếu có) vào văn bản hợp đồng*. Hợp đồng ký kết giữa các bên phải tuân thủ quy định của luật này và quy định khác của pháp luật có liên quan"[3].

---

1. Với giả sử trường hợp thuộc phạm vi áp dụng của Luật đấu thầu năm 2013 và Luật xây dựng năm 2014.
2. Điểm đ khoản 2 Điều 138 Luật xây dựng năm 2014,
3. Khoản 1 Điều 65 Luật đấu thầu năm 2013.

Như vậy, câu hỏi đặt ra là: Nếu các thành viên trong liên danh ủy quyền cho một thành viên để ký hợp đồng xây dựng (giả định các ủy quyền là hợp pháp và phù hợp với các quy định của pháp luật dân sự) thì nhà thầu có được viện dẫn quy định tại Luật xây dựng năm 2014 đề xuất với chủ đầu tư để được quyền ký hợp đồng thay mặt cho liên danh, nhà thầu liên danh không hay các thành viên tham gia buộc phải ký hợp đồng liên danh theo quy định của Luật đấu thầu năm 2013.

Trên thực tế, có nhiều trường hợp, đặc biệt là các trường hợp đấu thầu quốc tế hoặc những dự án hạ tầng có nhiều nhà thầu quốc tế tham gia dưới một liên danh, thì các thành viên thường ủy quyền cho một thành viên trong liên danh (thành viên đứng đầu) ký thay mặt. Số khác, đặc biệt là các chủ đầu tư thuộc đối tượng và phạm vi áp dụng của Luật đấu thầu năm 2013 lại từ chối cách làm này do lo ngại vi phạm quy định của Luật đấu thầu năm 2013 hoặc cân nhắc đến khả năng cùng chịu trách nhiệm của các thành viên trong liên danh[1].

Vấn đề chồng lấn về phạm vi áp dụng luật cho hợp đồng xây dựng như trên có thể được giải quyết nếu: Luật đấu thầu năm 2013 không đề cập vấn đề hợp đồng xây dựng mà để vấn đề này chịu sự điều chỉnh của Luật xây dựng năm 2014; hoặc Luật đấu thầu năm 2013 chỉ điều chỉnh những hợp đồng thuộc dạng mua sắm, cung cấp dịch vụ mà nằm ngoài phạm vi điều chỉnh của Luật xây dựng năm 2014. Trong trường hợp này, Luật xây dựng năm 2014 cần loại bớt những hợp đồng về bản chất không được xem là hợp đồng xây dựng hoặc Luật đấu thầu năm 2013 chỉ quy định về thư trao thầu, các phương thức mà một thư trao thầu được ban hành và có giá trị ràng buộc với các bên còn Luật xây dựng năm 2014 sẽ điều chỉnh các vấn đề có liên quan đến việc thiết lập và thực hiện hợp đồng xây dựng.

1. Trong thực tế triển khai có nhiều nhà thầu sử dụng năng lực của nhau để bảo đảm yêu cầu của hồ sơ mời thầu nhưng thực chất không trực tiếp tham gia thực hiện hợp đồng. Khi liên danh không đáp ứng được các yêu cầu của hợp đồng xây dựng đã ký thì các thành viên khác trong liên danh lại thoái thác trách nhiệm hoặc cung cấp các bằng chứng để chứng tỏ rằng phạm vi công việc mà thành viên đó đảm nhận là không có hoặc rất nhỏ và đã được các thành viên trong liên danh khác thống nhất loại trừ.

b) Pháp luật đấu thầu áp dụng cho các dự án mang yếu tố tư nhân:

Cũng tương tự như trong lĩnh vực xây dựng, tại Việt Nam hiện nay cũng không có quy định của pháp luật đấu thầu áp dụng cho các dự án mang yếu tố tư nhân. Như vậy, về cơ bản, tại Việt Nam hoạt động đấu thầu các dự án mang yếu tố tư nhân đang bỏ ngỏ và vì vậy các rủi ro cho hoạt động đấu thầu của tư nhân cũng có thể xảy ra tương tự như hợp đồng xây dựng mang yếu tố tư nhân.

Nắm được nội dung nêu trên sẽ giúp Luật sư có những cân nhắc cần thiết để phòng ngừa các vấn đề có thể phát sinh từ hoạt động đấu thầu mang yếu tố tư nhân và tiếp đến là hợp đồng xây dựng mang yếu tố tư nhân để từ đó có giải pháp pháp lý phù hợp.

II. QUY ĐỊNH VỀ HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG THEO LUẬT VIỆT NAM VÀ THEO FIDIC

1. Những bước phát triển của luật Việt Nam và FIDIC về hợp đồng xây dựng

Trước đây, quy định của pháp luật Việt Nam về hợp đồng xây dựng tương đối mờ nhạt và sơ khai, mãi tới khi Nghị định số 99/2007/NĐ-CP và Thông tư số 06/2007/TT-BXD ngày 25 tháng 7 năm 2007 của Bộ Xây dựng hướng dẫn hợp đồng trong hoạt động xây dựng ra đời thì những vấn đề của hợp đồng xây dựng mới được điều chỉnh cụ thể. Dấu mốc quan trọng nhất của thời điểm này chính là việc Bộ Xây dựng ban hành hai công văn quan trọng để hướng dẫn về hợp đồng xây dựng đó là: Công văn 2507/BXD-VP hướng dẫn hợp đồng tư vấn, và Công văn 2508/BXD-VP hướng dẫn hợp đồng xây dựng.

Tiếp đó, để hợp thức hóa việc quy định về hợp đồng xây dựng, Nghị định số 48/2010/NĐ-CP và Thông tư số 09/2011/TT-BXD ngày 28 tháng 6 năm 2011 của Bộ Xây dựng hướng dẫn mẫu hợp đồng thi công xây dựng công trình (sau đây gọi tắt là Thông tư số 09/2011/TT-BXD) ra đời với nội dung giới thiệu và điều chỉnh riêng biệt về mẫu hợp đồng xây dựng, tách khỏi các vấn đề về quản lý dự án xây dựng.

Sau khi Luật xây dựng năm 2014 ra đời, Chính phủ và Bộ Xây dựng đã kế thừa những quy định trước đó về hợp đồng xây dựng để ban hành Nghị định số 37/2015/NĐ-CP và gần nhất là Thông tư số 09/2016/TT-BXD để quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng.

Không thể phủ nhận những nỗ lực của Việt Nam trong việc thay đổi luật để nâng tầm các quy định của pháp luật từ quyết định lên nghị định và thông tư, đồng thời tách biệt những vấn đề khác nhau trong hoạt động để điều chỉnh riêng biệt. Tuy nhiên, có thể thấy, việc ban hành các mẫu hợp đồng xây dựng có hai đặc điểm nổi bật, là: Kế thừa giữa Nghị định số 48/2010/NĐ-CP, Thông tư số 09/2011/TT-BXD và Nghị định số 37/2015/NĐ-CP thành Thông tư số 09/2016/TT-BXD và có những bước thụt lùi của các nghị định, thông tư so với Công văn 2507/BXD-VP ngày 26-11-2007 và Công văn 2508/BXD-VP ngày 26-11-2007, đặc biệt là những vấn đề như: Mức độ chi tiết của hợp đồng phản ánh qua số trang của hợp đồng mẫu; hợp đồng thầu phụ chỉ định; hiệu lực của hợp đồng; cấu trúc của hợp đồng, v.v..

Trong khi đó, sau khi ấn bản hợp đồng đầu tiên được giới thiệu vào năm 1957, FIDIC đã liên tục cập nhật, thay đổi, điều chỉnh và giới thiệu những ấn bản mới về hợp đồng xây dựng. Nếu như mẫu hợp đồng xây dựng áp dụng cho việc xây dựng truyền thống (Red Book 1987) giới thiệu 72 điều khoản khác nhau phần nào cho thấy sự phức tạp, chưa thực sự phù hợp về nội dung và trong cách cấu trúc của hợp đồng FIDIC tại thời điểm đó[1] thì khi ấn bản hợp đồng FIDIC 1999 được ban hành, cấu trúc hợp đồng đã được đơn giản hóa và được sắp xếp theo một trình tự khoa học, dễ theo dõi và dễ tiếp cận[2]. Theo đó, cấu trúc chuẩn của một hợp đồng FIDIC bao gồm các nhóm sau đây:

Nhóm 1: Các quy định chung, bao gồm 1 điều khoản;

Nhóm 2: Các quy định về chủ thể, bao gồm 4 điều, được sắp xếp theo thứ tự: Chủ đầu tư, nhà tư vấn, nhà thầu và nhà thầu phụ được chỉ định;

1. Tham khảo Bảng 6 Phụ lục
2. Xem Bảng 7 Phụ lục (Các điều khoản của Hợp đồng FIDIC 1999 - Bảng rút gọn).

Nhóm 3: Các quy định về chuẩn bị khởi công, thi công và hoàn thành, bao gồm 6 điều, được sắp xếp theo thứ tự khoa học: Con người, vật tư, thiết bị, khởi công, hoàn thành và bảo hành;

Nhóm 4: Các quy định về chi phí của hợp đồng, bao gồm 3 điều được sắp xếp theo một trật tự khoa học: Đo đạc, phát sinh tới giá hợp đồng và thanh toán;

Nhóm 5: Các quy định về quyền tạm ngưng, chấm dứt, bao gồm 2 điều được sắp xếp theo thứ tự: Chủ đầu tư, nhà thầu;

Nhóm 6: Các quy định khác, bao gồm 3 điều được sắp xếp theo thứ tự: Rủi ro, phân chia rủi ro và bảo hiểm;

Nhóm 7: Các quy định về khiếu nại, giải quyết tranh chấp, bao gồm 1 điều.

Luật sư có thể cân nhắc cấu trúc, sự sắp xếp cũng như thứ tự của các điều khoản theo hợp đồng FIDIC để đưa ra được cấu trúc phù hợp cho một hợp đồng xây dựng, tránh việc lặp lại, chồng lấn hoặc thiếu sót các thành tố quan trọng, đặc biệt trong các hợp đồng có giá trị lớn.

2. Những điểm tương đồng giữa quy định về hợp đồng xây dựng theo luật Việt Nam và FIDIC

Bên cạnh những khác biệt giữa hợp đồng xây dựng theo quy định của pháp luật Việt Nam và hợp đồng FIDIC như đã được phân tích, ở góc độ tổng thể, có thể nhận thấy rằng Việt Nam đã có những nỗ lực quan trọng trong việc tiếp cận thông lệ quốc tế về hợp đồng trong lĩnh vực xây dựng, đặc biệt là hợp đồng FIDIC. Điều này được thể hiện ở nhiều khía cạnh, cụ thể:

a) Cách cấu trúc và nội dung của hợp đồng:

Tại Việt Nam, việc ấn định các mẫu hợp đồng trong những năm gần đây dù có những điểm lùi so với Công văn 2507/BXD-VP và Công văn 2508/BXD-VP, nhưng cũng có những điểm tích cực và tương đồng nhất định so với hợp đồng FIDIC. Cụ thể, mẫu hợp đồng được ban hành

gần nhất có 25 điều khoản[1], trong đó có những điều khoản tương ứng với hợp đồng FIDIC Red Book 1999. Chi tiết của những điều khoản tương đồng giữa mẫu hợp đồng được ban hành kèm theo Thông tư số 09/2016/TT-BXD và so với FIDIC Red Book 1999 được thể hiện tại Bảng 8 Phụ lục.

Ngoài ra, Việt Nam cũng đã bắt đầu sử dụng cách vận hành của các điều kiện riêng, điều kiện chung trong hợp đồng xây dựng[2]. Điều này cho thấy Việt Nam đã hiểu rõ hơn tầm quan trọng của các quy định chung, các quy định riêng, đồng thời hiểu được chức năng, vai trò và vị trí của các tài liệu khác trong hợp đồng.

Do vậy, khi tư vấn cho khách hàng về cấu trúc của hợp đồng xây dựng, Luật sư có thể giới thiệu cấu trúc hợp đồng FIDIC hoặc cấu trúc hợp đồng theo quy định của pháp luật Việt Nam và đưa ra những kiến nghị hợp lý về việc sử dụng cấu trúc hợp đồng phù hợp nhất.

Trong trường hợp các bên thống nhất lựa chọn áp dụng điều kiện chung và điều kiện riêng thì Luật sư cần tư vấn cho khách hàng về thứ tự ưu tiên của các tài liệu hợp đồng cũng như thứ tự ưu tiên của điều kiện riêng so với điều kiện chung để khách hàng hiểu được cấu trúc cũng như sự vận hành của các điều khoản hợp đồng xây dựng. Cần lưu ý, các nội dung của mẫu hợp đồng dùng cho lĩnh vực tư vấn (ban hành kèm theo Công văn 2507/BXD-VP) và mẫu hợp đồng dùng cho lĩnh vực thi công xây dựng (ban hành kèm theo Công văn 2508/BXD-VP) của Bộ Xây dựng dựa trên nền tảng những quy định của hợp đồng FIDIC 1999 (mặc dù có những biến thể nhất định) và có nhiều điểm tiến bộ hơn so với mẫu hợp đồng ban hành kèm theo Thông tư số 09/2016/TT-BXD. Những hạn chế của Thông tư số 09/2016/TT-BXD có thể một phần được lý giải bởi yêu cầu quản lý vốn ngân sách nhà nước trong bối cảnh mà nợ công của Việt Nam tăng cao, hoặc bởi những tương đồng giữa Nghị định số 37/2015/NĐ-CP và Nghị định số 48/2010/NĐ-CP trước đó.

---

1. Tham khảo thêm mẫu hợp đồng thi công xây dựng ban hành kèm theo Thông tư số 09/2016/TT-BXD.

2. Khoản 4 và 5 Điều 2 Nghị định số 37/2015/NĐ-CP, Điều 2 Thông tư số 09/2016/TT-BXD.

Ngoài ra, có bốn điểm cần đặc biệt chú ý đối với các mẫu hợp đồng xây dựng của Việt Nam, đó là: Chất lượng các nội dung được quy định tại các mẫu hợp đồng này còn chưa rõ ràng, thiếu sự thống nhất; nhiều nội dung quan trọng được nêu trong các mẫu hợp đồng này đã bị hiệu chỉnh về ngữ nghĩa và phạm vi áp dụng so với ý nghĩa được nêu trong các điều kiện hợp đồng FIDIC, đặc biệt là Red Book 1999; về tổng thể các quy định mẫu này đang hướng dẫn cho hợp đồng thi công xây dựng truyền thống (nhà thầu chỉ thi công theo bản vẽ và yêu cầu kỹ thuật của chủ đầu tư đưa ra) mà chưa có sự phân hóa hoặc chỉ dẫn rõ ràng cho các loại hợp đồng thiết kế và thi công hoặc loại hợp đồng EPC/Turnkey; và phạm vi áp dụng của các quy định này là lĩnh vực có sử dụng vốn ngân sách nhà nước mà không được áp dụng chung cho tất cả các quan hệ hợp đồng xây dựng tại Việt Nam.

b) Về việc lựa chọn Ban xử lý tranh chấp và/hoặc cơ quan tài phán:

Cùng với ảnh hưởng và sự du nhập của các mẫu hợp đồng được thừa nhận trên thế giới, Việt Nam cũng bắt đầu giới thiệu Ban xử lý tranh chấp trong Công văn 2508/BXD-VP ngày 26-11-2007 và gần đây nhất là trong Nghị định số 37/2015/NĐ-CP [1] mặc dù vấn đề này trước đây đã không được Nghị định số 48/2010/NĐ-CP, Thông tư số 09/2011/TT-BXD giới thiệu đầy đủ.

Việc giải quyết tranh chấp thông qua Ban xử lý tranh chấp là một cơ chế khá đặc thù bởi đây là nơi tập hợp của những chuyên gia đầu ngành trong lĩnh vực xây dựng; những vấn đề mà Ban xử lý tranh chấp được tham vấn để giải quyết thường liên quan tới vấn đề kỹ thuật; những quyết định của Ban xử lý tranh chấp (nếu có) sẽ là một cơ sở để các bên tham khảo và cân nhắc áp dụng. Ngoài ra, cơ chế này còn giúp việc giải quyết tranh chấp được diễn ra một cách khách quan, khoa học, ít tốn kém. Tuy nhiên, cũng cần lưu ý rằng, việc lựa chọn hoặc chỉ định một cơ quan tài phán làm Ban xử lý tranh chấp không có nghĩa sẽ bác bỏ, làm giảm trừ hoặc ngăn cản bất kỳ bên nào theo hợp đồng xây dựng đệ trình vấn đề mà mình không thỏa mãn ra Trọng tài, Tòa án hoặc cơ quan giải quyết tranh chấp khác.

1. Khoản 2 Điều 45 Nghị định số 37/2015/NĐ-CP.

Ngoài ra, với uy tín của mình thì hiện nay, nhiều Trung tâm trọng tài trong đó có cả VIAC đã được viện dẫn trong hợp đồng xây dựng như là chủ thể có quyền thành lập Ban xử lý tranh chấp hoặc được thực hiện vai trò là Ban xử lý tranh chấp. Ở một số trường hợp khác, VIAC được chỉ định là cơ quan tài phán để giải quyết các tranh chấp của hợp đồng xây dựng. Sự trưởng thành của VIAC là cần thiết và được nhiều chủ thể mong đợi để có thể hỗ trợ các bên trong việc giải quyết tranh chấp, trong trường hợp không nhất thiết phải viện dẫn các tranh chấp được giải quyết tại ICC hoặc SIAC[1] - tránh tốn kém và rủi ro trong việc không được công nhận và/hoặc không cho thi hành tại Việt Nam nếu các phán quyết này vi phạm các nguyên tắc của luật Việt Nam.

Tuy nhiên, nói như vậy không có nghĩa là phủ quyết toàn bộ giá trị và ý nghĩa của ICC và SIAC trong quá trình giải quyết tranh chấp. Một số trường hợp, các nhà thầu hoặc nhà tài trợ chỉ muốn việc giải quyết tranh chấp được diễn ra bởi các tổ chức này để bảo đảm tính minh bạch, rõ ràng và phù hợp với thông lệ quốc tế. Việc tham gia các vụ tranh chấp tại các tổ chức trọng tài này cũng là cơ hội để các Luật sư có được nhiều kinh nghiệm và bài học quý giá cho các vụ kiện mang tính chất quốc tế về sau.

3. Những khác biệt cơ bản

a) Phân loại hợp đồng dựa trên mối quan hệ:

Để phân chia hợp đồng trong lĩnh vực xây dựng thành những loại khác nhau, FIDIC lấy tiêu chí là mối quan hệ để định hình cấu trúc giao dịch (cấu trúc hợp đồng) và ban hành những loại hợp đồng phù hợp. Cụ thể, FIDIC dựa trên những quan hệ chủ yếu sau đây:

- *Quan hệ số 1 - Quan hệ thuê mướn*

Trong quan hệ này, FIDIC chia ra thành các nhóm nhỏ sau đây:

+ Chủ đầu tư và nhà tư vấn;

+ Chủ đầu tư và nhà thầu;

+ Nhà thầu và nhà thầu phụ.

---

1. Xem thêm Bảng 9 Phụ lục.

- *Quan hệ số 2: Quan hệ cộng tác/hợp tác*

Trong quan hệ này, FIDIC chia ra thành các nhóm nhỏ sau đây:

+ Chủ đầu tư và chủ đầu tư;

+ Nhà thầu, nhà tư vấn và nhà thầu, nhà tư vấn;

+ Nhà thầu phụ, nhà tư vấn phụ và nhà thầu phụ, nhà tư vấn phụ.

Ngoài ra, để phục vụ cho một số quan hệ đặc thù, FIDIC còn ban hành một số loại hợp đồng khác, trong đó phải kể tới điều kiện hợp đồng Gold Book, điều kiện hợp đồng Blue Book, v.v..

Trong khi đó tại Việt Nam, như đã phân tích ở trên, chưa có sự phân hóa rõ ràng trong các hướng dẫn về mẫu hợp đồng xây dựng mà chỉ tập trung chủ yếu ở mẫu hợp đồng xây dựng truyền thống. Do vậy, khi tư vấn cho khách hàng, Luật sư cần nhận thức rõ loại quan hệ hợp đồng xây dựng mà khách hàng đang tham gia là gì, từ đó định hình ra được cấu trúc của giao dịch cũng như việc phân chia các rủi ro đối với những các chủ thể tham gia.

b) Phân loại hợp đồng dựa trên sự tham gia của giao dịch trong hoạt động xây dựng:

Khác với cách tiếp cận nêu trên của FIDIC, ở Việt Nam việc phân chia các hợp đồng dựa trên ba tiêu chí quan trọng, cụ thể:[1]

- Dựa trên tính chất công việc, hợp đồng xây dựng được chia thành những loại hợp đồng chủ yếu sau đây:

+ Hợp đồng tư vấn;

+ Hợp đồng thi công;

+ Hợp đồng cung cấp thiết bị công nghệ;

+ Hợp đồng thiết kế và thi công xây dựng công trình;

+ Hợp đồng thiết kế và cung cấp thiết bị công nghệ;

+ Hợp đồng cung cấp thiết bị công nghệ và thi công xây dựng công trình;

1. Điều 3 Nghị định số 37/2015/NĐ-CP.

+ Hợp đồng thiết kế - cung cấp thiết bị công nghệ và thi công xây dựng;

+ Hợp đồng tổng thầu chìa khóa trao tay: Lập dự án, thiết kế, cung cấp thiết bị công nghệ, thi công xây dựng của một dự án;

+ Hợp đồng cung cấp nhân lực, máy và thiết bị thi công;

+ Các loại hợp đồng xây dựng khác.

- Dựa trên hình thức giá hợp đồng, hợp đồng xây dựng lại được chia thành:

+ Hợp đồng trọn gói;

+ Hợp đồng theo đơn giá cố định;

+ Hợp đồng theo đơn giá điều chỉnh;

+ Hợp đồng theo thời gian;

+ Hợp đồng theo giá kết hợp.

- Dựa trên mối quan hệ, hợp đồng xây dựng có các loại sau:

+ Hợp đồng thầu chính;

+ Hợp đồng thầu phụ;

+ Hợp đồng giao khoán nội bộ;

+ Hợp đồng xây dựng có yếu tố nước ngoài.

Chính việc tiếp cận như trên đã dẫn tới việc số lượng hợp đồng được xem là chịu sự điều chỉnh của pháp luật xây dựng trở nên quá nhiều. Lấy ví dụ hợp đồng cung cấp thiết bị công nghệ về bản chất là một hợp đồng mua bán; hợp đồng cung cấp nhân lực, máy và thiết bị thi công về bản chất là hợp đồng dịch vụ hoặc cho thuê. Tất cả những hợp đồng này có thể sử dụng Bộ luật dân sự năm 2015 hoặc Luật thương mại năm 2005 để điều chỉnh mà không cần hoặc không nên sử dụng Luật xây dựng năm 2014.

Ngoài ra, cũng cần lưu ý rằng đối với FIDIC, điều kiện áp dụng hợp đồng Silver Book 1999 được dùng chung cho gói thầu hoặc dự án EPC/ Turnkey (khi mà nhà thầu đảm nhận mọi công việc, bàn giao cho chủ đầu tư một dự án đã được hoàn thành và chỉ cần vận hành mà không có sự phân chia giữa hợp đồng EPC và hợp đồng Turnkey). Tuy nhiên,

pháp luật Việt Nam lại phân biệt hai hợp đồng này, và điểm khác biệt để phân biệt chính là việc có thực hiện công việc lập dự án hay không.

c) Phân loại hợp đồng dựa trên nguyên tắc phân chia rủi ro và gánh chịu rủi ro:

Sự ra đời của hợp đồng FIDIC vào năm 1999 đánh dấu bước phát triển và sự tiếp cận khoa học nguyên tắc phân chia rủi ro và gánh chịu trách nhiệm. Cụ thể, để phân định rủi ro giữa chủ đầu tư, nhà thầu, FIDIC đặt ra câu hỏi "ai là chủ thể thực hiện việc thiết kế cho công việc".

Với cách tiếp cận truyền thống thì nhà thầu nên sử dụng Red Book 1999, vì nhà thầu chỉ thực hiện việc thi công và xây dựng phù hợp với: Bản vẽ; tiêu chí kỹ thuật; tiến độ. Tuy nhiên, nếu nhà thầu có thể vừa thiết kế, vừa thi công thì nhà thầu được khuyến cáo sử dụng Yellow Book 1999, bởi vì trong trường hợp này nhà thầu phải: Tuân thủ với các yêu cầu của chủ đầu tư để thực hiện công việc; triển khai thiết kế; thi công xây dựng và bàn giao lại cho chủ đầu tư sản phẩm hoàn chỉnh.

Khi lĩnh vực xây dựng công nghiệp đặt ra yêu cầu đối với nhà thầu cao hơn, không chỉ dừng ở việc tự thiết kế, tự thi công mà còn phải nghiên cứu và có phương án công nghệ, chuyển giao công nghệ, thì FIDIC khuyến cáo sử dụng Silver Book - EPC/Turnkey.

Như vậy, ngoại trừ phiên bản FIDIC Short Form được xem là dễ áp dụng nhất, nguyên tắc phân chia rủi ro và gánh chịu rủi ro của FIDIC dựa trên câu hỏi: "Ai là người thiết kế cho công việc". Khi đã xác định được người phải chịu trách nhiệm cho việc thiết kế thì việc phân chia các rủi ro cho nhà thầu và chủ đầu tư trở nên dễ dàng.

Hệ quả của việc phân chia rủi ro như trên cũng đồng thời trao cho bên gánh chịu rủi ro (nhà thầu) quyền chào thầu với chi phí cao hơn để phòng ngừa rủi ro mà họ phải đảm nhận. Chính bởi vậy, việc chào thầu cho những gói thầu sử dụng Red Book 1999 sẽ thường đơn giản hơn, ngắn gọn hơn so với việc chào thầu cho những gói thầu sử dụng Yellow Book 1999 và việc chào thầu đương nhiên sẽ khó nhất, lâu nhất đối với những dự án có nhu cầu sử dụng Silver Book 1999.

Tóm lại, khi quyết định tư vấn cho khách hàng về hợp đồng xây dựng, Luật sư cần biết được chính xác nhu cầu của chủ đầu tư, hoàn cảnh mà chủ đầu tư đang tham gia, các yêu cầu của việc bảo vệ quyền và nghĩa vụ của các bên để có thể lựa chọn được loại hợp đồng phù hợp nhất.

d) Điều chỉnh hợp đồng chủ yếu dựa trên nguyên tắc quản lý vốn ngân sách nhà nước:

Thứ nhất, nguyên tắc quản lý vốn ngân sách nhà nước được thể hiện ngay ở những quy định của các nghị định hướng dẫn pháp luật liên quan tới lĩnh vực xây dựng. Tại Việt Nam, hiện nay chưa có quy định pháp lý cụ thể (chuyên biệt) để điều chỉnh hợp đồng xây dựng trong lĩnh vực tư nhân.

Thứ hai, việc áp dụng các quy định của pháp luật Việt Nam về nghiệm thu, bàn giao công trình, dự án sẽ được nêu rõ hơn tại Mục II.3.đ dưới đây.

Thứ ba, Điều 147 Luật xây dựng năm 2014 quy định việc quyết toán các dự án sử dụng vốn ngân sách nhà nước không được vượt quá 120 ngày kể từ ngày nghiệm thu hoàn thành toàn bộ công việc hợp đồng, bao gồm cả công việc phát sinh. Việc đặt ra yêu cầu quyết toán hợp đồng sớm để phục vụ công tác quản lý dự án đầu tư xây dựng vô hình trung đã ngầm ấn định bảo hành không phải là nghĩa vụ hợp đồng bởi nếu đó là nghĩa vụ hợp đồng thì khi nghĩa vụ còn chưa kết thúc, hợp đồng không thể hết giá trị ràng buộc với nhà thầu cũng như với chủ đầu tư.

Do vậy, dù Luật sư có thể viện dẫn Điều 147 Luật xây dựng năm 2014 như là căn cứ để bảo vệ nhà thầu trong các dự án có sử dụng vốn ngân sách nhà nước, thì xét trên khía cạnh pháp lý, quy định này nên bị xem là không có giá trị thực thi hoặc nên được điều chỉnh theo hướng khác đi để bảo đảm tính thống nhất và sự lôgic trong quá trình thực hiện hợp đồng xây dựng, tránh các tranh chấp có thể xảy ra.

đ) Những điểm khác biệt khác:

- Bảo lãnh thực hiện hợp đồng:

Dưới góc độ hợp đồng, bảo lãnh thực hiện hợp đồng là một công cụ để bảo đảm nhà thầu sẽ tuân thủ các nghĩa vụ của hợp đồng và thực

hiện các nghĩa vụ đó theo một trình tự và một cách thức hợp lý, đặc biệt là bảo đảm khía cạnh thời gian để có thể thỏa mãn hoặc giúp chủ đầu tư đạt được mục tiêu của mình khi chấp thuận để nhà thầu thực hiện công việc.

Với ý nghĩa đó, hợp đồng FIDIC yêu cầu nhà thầu mở và duy trì bảo lãnh thực hiện hợp đồng cho tới khi đã hoàn tất mọi nghĩa vụ của hợp đồng, bao gồm cả nghĩa vụ bảo hành[1]. FIDIC không tách rời bảo hành như là một nghĩa vụ riêng rẽ, và việc duy trì bảo lãnh thực hiện hợp đồng trong trường hợp này là cần thiết để tránh xảy ra trường hợp nhà thầu có nghĩa vụ bảo hành nhưng giá trị bảo lưu mà chủ đầu tư đang giữ thấp hơn giá trị dùng cho việc sửa chữa sai sót hoặc nhà thầu từ chối việc thực hiện nghĩa vụ sửa chữa sai sót thì chủ đầu tư sẽ yêu cầu bên thứ ba (mà trong nhiều trường hợp tại Việt Nam là ngân hàng) thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

Chính sự xác định đúng về bản chất bảo hành là một nghĩa vụ của hợp đồng và số tiền mà chủ đầu tư đang bảo lưu không đại diện cho phần nghĩa vụ mà nhà thầu phải sửa chữa khi xảy ra sai sót đã giúp việc yêu cầu bảo lãnh được thuận tiện và dễ dàng hơn. Điều này là khác biệt cơ bản so với cách suy luận và thực hiện trên thực tế của Việt Nam về bảo lãnh thực hiện hợp đồng.

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, bảo lãnh thực hiện hợp đồng sẽ kết thúc khi nhà thầu đã hoàn tất công việc và chuyển sang nghĩa vụ bảo hành[2]. Chính điều này dẫn tới nhiều tranh chấp về việc có hay không quyền của chủ đầu tư trong việc yêu cầu nhà thầu mở bảo lãnh thực hiện hợp đồng cho tới khi kết thúc bảo hành; có hay không quyền của chủ đầu tư trong việc yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh thực hiện hợp đồng nếu nhà thầu không tuân thủ nghĩa vụ bảo hành (có được yêu cầu bảo lãnh thực hiện hợp đồng trong thời gian bảo hành hay không); và có hay không việc giới hạn nghĩa vụ của nhà

---

1. Khoản 2 Điều 4 và khoản 9 Điều 11 Hợp đồng FIDIC Red Book, Yellow Book, Silver Book 1999.

2. Khoản 2 và 6 Điều 16 Nghị định số 48/2010/NĐ-CP; khoản 2 và 6 Điều 16 Nghị định số 37/2015/NĐ-CP.

thầu đối với các sai sót cần phải sửa chữa, khắc phục trong phạm vi số tiền mà chủ đầu tư đang bảo lưu.

Do đó, tùy thuộc vào vị trí và vai trò của Luật sư trong tư vấn hợp đồng xây dựng cũng như giai đoạn mà hợp đồng đang triển khai (đàm phán, ký kết hợp đồng hay đang thực hiện hay đang xảy ra tranh chấp) mà Luật sư cần tìm hiểu để có phương án tư vấn cụ thể cho khách hàng.

- Nghiệm thu và bàn giao:

Tại Việt Nam, việc nghiệm thu và bàn giao các công việc của hợp đồng xây dựng được áp dụng mà không tham chiếu tới quy định cụ thể của hợp đồng cũng như không tham chiếu tới sự đặc thù trong từng công việc xây dựng cụ thể.

Với cách tiếp cận của FIDIC, nhà thầu có thể được xem như đã hoàn thành các nghĩa vụ của hợp đồng khi thi công và hoàn thành theo bản vẽ, tiêu chí kỹ thuật (đối với Red Book 1999), hoặc khi việc thi công và hoàn thành đáp ứng các yêu cầu của chủ đầu tư (Yellow Book 1999 hoặc Silver Book 1999). Ngay khi nhà thầu đạt được tình trạng hoàn thành, nhà tư vấn hoặc chủ đầu tư (tùy trường hợp) phải phản hồi (đồng ý hoặc từ chối có nêu lý do) về yêu cầu của nhà thầu. Nếu không, công việc sẽ được xem là đã hoàn thành và rủi ro được xem như đã chuyển giao cho chủ đầu tư.

Trong trường hợp từ chối thì nhà tư vấn sẽ chỉ rõ lý do từ chối và những công việc cụ thể phải thực hiện xong trước khi xin cấp chứng chỉ nghiệm thu và bàn giao. Việc bàn giao thậm chí có thể được chấp thuận nếu như vẫn còn những công việc nhỏ tồn đọng hoặc những sai sót nhỏ có thể khắc phục trong quá trình khai thác và sử dụng công trình[1].

Hay nói cách khác, tình trạng hoàn thành theo FIDIC là hoàn thành trên thực tế khi đã bảo đảm hai yếu tố quan trọng: Việc thực hiện các công việc chính yếu đã xong và đã hoàn thiện các hồ sơ chất lượng cần thiết để chứng minh cho chất lượng của công việc. Yếu tố về sự chấp thuận hay phê chuẩn của cơ quan chức năng không phải là điều kiện tiên quyết.

1. Khoản 1 Điều 10 Red Book 1999.

Tuy nhiên, tại Việt Nam, hầu như đối với tất cả những công việc được ghi nhận trong hợp đồng xây dựng[1], nhà thầu đều có nghĩa vụ phải tuân thủ các phê duyệt, chấp thuận từ cơ quan chức năng. Điều này là bất hợp lý và thiếu tính khả thi khi những công việc này: Mang tính tạm thời - không cố định hoặc sẽ được bỏ đi khi hoàn thành dự án hoặc không ảnh hưởng gì tới việc vận hành của dự án - như những đơn hàng cung cấp thảm, cung cấp thiết bị vệ sinh, v.v..

Do vậy, cùng với những quy định của pháp luật về hợp đồng trong lĩnh vực xây dựng không thuộc trường hợp áp dụng Nghị định số 37/2015/NĐ-CP, thì trong thời gian tới, cần có quy định chi tiết khác về hợp đồng xây dựng mà ở đó tính tự chủ, tự quyết và quyền tự do thỏa thuận được đặt lên hàng đầu, tránh trường hợp tạo thêm nhiều nghĩa vụ vô lý cho nhà thầu.

Đứng dưới góc độ này, khi tư vấn cho nhà thầu, Luật sư cần có những hướng tư vấn cụ thể để nhà thầu có thể thoát ra khỏi những quy định chung hoặc mang tính nguyên tắc của luật. Trong những trường hợp này, tốt nhất là cân nhắc đến phạm vi công việc mà nhà thầu đảm nhận để đưa ra những loại trừ đối với nghĩa vụ của nhà thầu liên quan đến việc nghiệm thu, bàn giao.

- Bồi thường và phạt do chậm trễ thi công:

Trước đây, theo hệ thống pháp luật Việt Nam, quy định về bồi thường và phạt dường như đã quá rõ ràng và không có sự nhầm lẫn. Tuy nhiên, khi các quy định hướng dẫn về hợp đồng xây dựng trong thời gian gần đây được ban hành thì việc hiểu và áp dụng lại phát sinh nhiều vấn đề, cụ thể:

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, nếu nhà thầu vi phạm thời gian hoàn thành (không hoàn thành đúng hạn) thì có thể sẽ bị phạt, mức phạt hợp đồng không vượt quá 12% giá trị phần hợp đồng bị vi phạm[2].

---

1. Tham khảo Mục b (Phân loại hợp đồng dựa trên sự tham gia của giao dịch trong hoạt động xây dựng) nêu trên.

2. Điều 146 Luật xây dựng năm 2014.

Chưa nói tới sự đa nghĩa của cụm từ "giá trị phần hợp đồng bị vi phạm", quy định này vô hình trung làm cho các bên khi viện dẫn tới luật Việt Nam đã quy ước với nhau rằng việc áp dụng phạt là cần thiết và tách biệt với nghĩa vụ bồi thường thiệt hại. Đây là một sự tiếp cận không hợp lý, bởi có quá nhiều vấn đề mà nhà thầu có thể bị phạt do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng xây dựng, bao gồm tất cả các vấn đề về thời hạn, an toàn, chất lượng, v.v..

Ở chiều ngược lại, FIDIC đã ngầm ấn định trách nhiệm của nhà thầu khi chậm hoàn thành công việc là một trách nhiệm được quy kết theo mức thiệt hại dự kiến. Với cách tiếp cận này, FIDIC giải quyết hai vấn đề quan trọng: *Thứ nhất,* đó là không làm gia tăng một cách quá đáng nghĩa vụ của nhà thầu khi vi phạm nghĩa vụ hoàn thành; *Thứ hai,* hỗ trợ chủ đầu tư trong việc ước lượng thiệt hại do chậm trễ thi công. Việc xác định, đánh giá và cân nhắc giá trị chính xác của thiệt hại do việc chậm trễ thi công sẽ trở nên vô cùng khó khăn, phức tạp và nhiều trường hợp có thể sẽ có sự chênh lệch giữa giá trị mà chủ đầu tư ước tính, giá trị mà nhà thầu xét thấy phù hợp và giá trị mà cơ quan tài phán có thể cân nhắc. Việc tôn trọng ý kiến thỏa thuận của các bên đối với giá trị thiệt hại do chậm trễ phải được triệt để tuân thủ.

Ngoài ra, theo nguyên tắc bồi thường toàn bộ thiệt hại hay tổn thất của pháp luật Việt Nam, trong nhiều trường hợp trách nhiệm của nhà thầu đối với chủ đầu tư có thể là không có giới hạn (do phải thực hiện bồi thường theo thiệt hại thực tế), tuy nhiên theo quy định chung của FIDIC thì tổng giới hạn này thông thường là toàn bộ giá trị hợp đồng được chấp thuận[1].

- Quyết toán:

Theo FIDIC, quyết toán có bản chất là việc xác nhận công nợ, đối chiếu nghĩa vụ và chấm dứt hợp đồng, giải phóng hoàn toàn mọi nghĩa vụ của nhà thầu, của chủ đầu tư theo hợp đồng. Do vậy, việc quyết toán

1. FIDIC Red Book 1999, Yellow Book 1999 hoặc khoản 7 Điều 8 Silver Book 1999.

chỉ được thực hiện sau khi nhà thầu đã kết thúc thời gian sửa chữa bảo hành và nhà thầu đã nhận được chứng nhận hoàn thành[1].

Trong khi đó, pháp luật Việt Nam quy định thời gian quyết toán các dự án sử dụng vốn ngân sách tối đa không vượt quá 120 ngày kể từ ngày xong công việc. Việc đặt ra quy định về thời hạn 120 ngày như vậy là chưa phù hợp, thiếu tính khả thi. Ngoài ra, việc này sẽ dẫn tới những rủi ro về mặt pháp lý cần phải cân nhắc, cụ thể:

Thứ nhất, giả sử việc quyết toán được thực hiện thật trong thời hạn 120 ngày thì điều đó cũng có nghĩa quy định này đã cho phép chấm dứt nghĩa vụ khi nghĩa vụ lẽ ra chưa chấm dứt;

Thứ hai, sau khi quyết toán được thực hiện thì vấn đề đặt ra là nghĩa vụ bảo hành của nhà thầu thuộc loại nghĩa vụ hợp đồng hay nghĩa vụ luật định có thể sẽ không có lời giải đáp thỏa đáng. Bởi lẽ, nếu các bên đã hoàn thành việc quyết toán, thì có nghĩa là đã giải phóng cho nhau khỏi trách nhiệm của hợp đồng (dù nó chưa được hoàn thành) và nó không còn là nghĩa vụ hợp đồng. Đồng thời, việc một bên đã từ bỏ quyền và lợi ích của mình đối với bên kia về vấn đề bảo hành đồng nghĩa với việc họ không thể viện dẫn quy định của luật pháp để yêu cầu bên kia thực hiện nghĩa vụ đã được miễn;

Thứ ba, điều gì sẽ xảy ra khi một trong các bên viện dẫn quy định này để yêu cầu bên kia phải thực hiện nghĩa vụ quyết toán hợp đồng trong thời gian hạn định. Nếu một bên không thực hiện nghĩa vụ thì điều đó vô hình trung đã tạo điều kiện để bên kia có thể viện dẫn quy định giải quyết tranh chấp để yêu cầu tuân thủ nghĩa vụ hoặc thậm chí dùng quyền chấm dứt hợp đồng để yêu cầu bồi thường thiệt hại và/hoặc giải phóng nghĩa vụ hợp đồng.

Như vậy, dù luật có quy định rõ ràng về thời hạn quyết toán các dự án sử dụng vốn ngân sách nhà nước, thì các Luật sư cũng cần hài hòa lợi ích giữa các bên, tuân thủ nguyên tắc hợp tác cùng có lợi giữa chủ đầu tư và nhà thầu, phân tích để khách hàng hiểu rõ: Đâu là thanh toán

---

1. Khoản 11 Điều 14 Red Book 1999.

vào lúc bàn giao và đâu là thanh toán vào lúc kết thúc mọi nghĩa vụ hợp đồng, kể cả nghĩa vụ bảo hành để có thể đưa ra phương án phù hợp.

e) Vai trò của nhà tư vấn:

Vai trò của nhà tư vấn quản lý dự án trong hợp đồng FIDIC được đặt ở vị trí trung tâm và có vai trò quan trọng trong việc thay mặt chủ đầu tư quản lý hợp đồng cũng như triển khai công việc/dự án.

Bảng 10 Phụ lục nêu ra những những quyền hạn và nhiệm vụ của nhà tư vấn đối với một số vấn đề chính theo các điều kiện hợp đồng FIDIC Red Book 1999.

Tuy nhiên, do nhiều yếu tố khách quan lẫn chủ quan, tại Việt Nam việc thuê mướn nhà tư vấn còn khó khăn, hoạt động của nhà tư vấn vẫn chưa thực sự bảo đảm các yêu cầu về tính khách quan, công bằng và vô tư trong quá trình triển khai hợp đồng xây dựng, cũng như việc trao quyền của chủ đầu tư cho nhà tư vấn thường bị hạn chế, chẳng hạn: Đối với nhiều dự án sử dụng vốn ngân sách nhà nước, biên bản nghiệm thu, bàn giao phải có sự tham gia, ký tên của các nhà thiết kế, các nhà tư vấn, chủ đầu tư, nhà thầu và có thể có cả cơ quan chức năng; Việc quyết định các vấn đề về thời gian và chi phí như việc quyết định cho gia hạn thời gian hoàn thành, đánh giá các chi phí phát sinh từ việc gia hạn thời gian hoàn thành tới việc cấp các chứng nhận thanh toán không hoàn toàn thuộc thẩm quyền của nhà tư vấn. Trong không ít trường hợp, nhà tư vấn đã ban hành chứng nhận thanh toán, nhưng chủ đầu tư lại sửa chứng nhận thanh toán này và làm chậm lại quy trình thanh toán cho nhà thầu.

Ngoài ra, Luật sư cũng cần lưu ý rằng, nhà tư vấn đang được viện dẫn trong hợp đồng FIDIC là nhà tư vấn quản lý dự án. Nhà tư vấn giám sát hoặc nhà tư vấn về khối lượng chỉ được xem xét là những đơn vị hỗ trợ nhà tư vấn trong hoạt động hành nghề hoặc được chủ đầu tư thuê để thực hiện các nhiệm vụ không nằm trong nhiệm vụ của nhà tư vấn. Việc xác định rõ vai trò này sẽ giúp giải quyết các vấn đề phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng một cách hiệu quả và phù hợp, tránh trường hợp nhà thầu phải liên hệ và làm việc với nhiều chủ thể, dẫn đến kéo dài hoặc gây thiệt hại cho các bên.

Chương 7
TƯ VẤN LĨNH VỰC LAO ĐỘNG

Pháp luật lao động của Việt Nam hiện hành nhìn chung có xu hướng ưu tiên bảo vệ quyền lợi cho người lao động. Những thỏa thuận bảo đảm cho người lao động có những điều kiện thuận lợi hơn so với quy định của pháp luật về lao động luôn được khuyến khích. Mặc dù vậy, để có thể duy trì ổn định mối quan hệ lao động giữa người sử dụng lao động và người lao động, Bộ luật lao động năm 2012 sửa đổi, bổ sung năm 2015 (sau đây gọi tắt là Bộ luật lao động năm 2012) cũng có những quy định cụ thể bảo vệ quyền lợi chính đáng của người sử dụng lao động.

Trên cơ sở nghiên cứu các quy định của Bộ luật lao động năm 2012 và các văn bản pháp luật hướng dẫn liên quan, chương này sẽ tập trung phân tích một số vấn đề pháp lý cơ bản phát sinh trong mối quan hệ lao động giữa người sử dụng lao động và người lao động, bao gồm: Hợp đồng lao động; thỏa ước lao động tập thể; nội quy lao động và kỷ luật lao động; thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi; tiền lương; tranh chấp lao động; bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp, và bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp, nhằm mang đến cho các Luật sư những kiến thức, hiểu biết chung và cơ bản về pháp luật lao động. Ngoài ra, các Luật sư cũng sẽ được cung cấp một số kỹ năng cần thiết khi hành nghề tư vấn, tranh tụng trong lĩnh vực đặc thù này để giúp cho khách hàng hạn chế tối đa các rủi ro về tranh chấp lao động và trách nhiệm pháp lý hoặc có thể xác định được những vấn đề sơ khởi nhất khi bắt tay vào giải quyết một vụ tranh chấp lao động.

I. HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG

1. Giao kết hợp đồng lao động

Trước khi đi đến quyết định ký kết hợp đồng lao động với người lao động, người sử dụng lao động có thể thỏa thuận về việc làm thử với người lao động theo thời hạn thử việc mà pháp luật quy định, căn cứ vào tính chất và mức độ phức tạp của công việc mà người lao động sẽ thực hiện. Người sử dụng lao động không được áp dụng thời gian thử việc cho người lao động đối với loại hợp đồng lao động theo mùa vụ[1].

Các bên có thể thỏa thuận việc làm thử thông qua giao kết hợp đồng thử việc để quy định rõ quyền và nghĩa vụ trong thời gian thử việc. Tuy nhiên, người sử dụng lao động chỉ được thỏa thuận thử việc một lần cho một công việc đối với người lao động. Ngoài ra, tiền lương được trả cho người lao động trong thời gian thử việc cũng tùy thuộc vào thỏa thuận của các bên, nhưng ít nhất phải bằng 85% mức lương của công việc đó[2].

Nếu người lao động đạt yêu cầu thử việc như đã thỏa thuận thì các bên sẽ ký hợp đồng lao động ngay sau khi kết thúc thời gian thử việc (trừ hợp đồng lao động mùa vụ thì không phải thử việc). Các bên có thể thỏa thuận và giao kết với nhau một trong ba loại hợp đồng lao động, bao gồm: Hợp đồng lao động xác định thời hạn, với thời hạn từ đủ mười hai tháng đến ba mươi sáu tháng, hợp đồng lao động không xác định thời hạn và hợp đồng lao động mùa vụ hoặc hợp đồng lao động theo một công việc nhất định có thời hạn dưới mười hai tháng[3].

Riêng đối với người lao động là người nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam theo hợp đồng lao động thì theo quy định, người sử dụng lao động phải thực hiện các thủ tục hành chính cần thiết để xin cấp Giấy phép lao động cho người lao động nước ngoài trước khi người lao động nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam (trừ một số trường hợp

---

1. Điều 26 và Điều 27 Bộ luật lao động năm 2012.
2. Điều 28 Bộ luật lao động năm 2012.
3. Khoản 1 Điều 22 Bộ luật lao động năm 2012.

không thuộc diện xin Giấy phép lao động)[1]. Thời hạn tối đa của Giấy phép lao động là hai năm và sẽ được cấp lại theo yêu cầu của người sử dụng lao động[2]. Dựa trên Giấy phép lao động được cấp, hai bên sẽ tiến hành ký kết hợp đồng lao động. Theo đó, thời hạn của hợp đồng lao động mà các bên giao kết sẽ được hiểu là không được vượt quá thời hạn của Giấy phép lao động mà người lao động nước ngoài đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền quản lý về lao động cấp. Từ quy định này các Luật sư cần lưu ý, *thứ nhất*, người sử dụng lao động chỉ ký hợp đồng lao động với người lao động nước ngoài sau khi người lao động nước ngoài đã có Giấy phép lao động; và *thứ hai,* người sử dụng lao động và người lao động nước ngoài chỉ có thể giao kết hợp đồng lao động xác định thời hạn có thời hạn không quá thời hạn của Giấy phép lao động do cơ quan quản lý lao động cấp mới hoặc cấp lại cho người lao động nước ngoài[3].

Cần lưu ý, Bộ luật lao động năm 2012 quy định người sử dụng lao động không được giao kết hợp đồng lao động theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định có thời hạn dưới mười hai tháng để người lao động làm những công việc có tính chất thường xuyên từ mười hai tháng trở lên, trừ trường hợp phải tạm thời thay thế người lao động đi làm nghĩa vụ quân sự, nghỉ theo chế độ thai sản, ốm đau, tai nạn lao động hoặc nghỉ việc có tính chất tạm thời khác[4].

Đối với loại hợp đồng lao động xác định thời hạn, ít nhất mười lăm ngày trước ngày hợp đồng lao động hết hạn, người sử dụng lao động phải thông báo bằng văn bản cho người lao động biết thời điểm chấm dứt hợp đồng lao động. Khi hợp đồng lao động xác định thời hạn từ

---

1. Điểm đ khoản 1 Điều 169 Bộ luật lao động năm 2012; Điều 7 Nghị định số 11/2016/NĐ-CP ngày 3 tháng 2 năm 2016 của Chính phủ hướng dẫn Bộ luật lao động năm 2012 về lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam (sau đây gọi tắt là Nghị định số 11/2016/NĐ-CP.)

2. Khoản 1 Điều 22 Bộ luật lao động năm 2012; khoản 2 Điều 13 Nghị định số 11/2016/NĐ-CP.

3. Điều 173 Bộ luật lao động năm 2012.

4. Khoản 3 Điều 22 Bộ luật lao động năm 2012.

đủ mười hai tháng đến ba mươi sáu tháng hết hạn mà người lao động vẫn tiếp tục làm việc thì trong thời hạn ba mươi ngày kể từ ngày hợp đồng lao động hết hạn, hai bên phải ký hợp đồng lao động mới, nếu không giao kết hợp đồng lao động mới thì hợp đồng lao động xác định thời hạn đủ mười hai tháng đến ba mươi sáu tháng đã giao kết sẽ trở thành hợp đồng lao động không xác định thời hạn. Đối với loại hợp đồng lao động theo mùa vụ hoặc theo công việc nhất định có thời hạn dưới mười hai tháng, người sử dụng lao động cũng phải làm thủ tục tương tự nếu tiếp tục thuê người lao động, nếu không ký hợp đồng lao động mới thì hợp đồng lao động theo mùa vụ hoặc theo công việc nhất định có thời hạn dưới mười hai tháng sẽ trở thành hợp đồng lao động xác định thời hạn có thời hạn hai mươi bốn tháng[1].

Bên cạnh việc xác định loại hợp đồng lao động sẽ giao kết, các bên còn cần phải lưu ý những điều kiện sau đây khi giao kết hợp đồng lao động:

a) Thẩm quyền ký kết hợp đồng lao động:

Một trong những điều kiện để hợp đồng lao động có hiệu lực là người giao kết hợp đồng lao động phải đúng thẩm quyền. Theo đó, người có thẩm quyền ký kết hợp đồng lao động bên phía người sử dụng lao động phải là những chủ thể sau đây: Người đại diện theo pháp luật theo quy định tại điều lệ của doanh nghiệp, hợp tác xã; người đứng đầu cơ quan, đơn vị, tổ chức; chủ hộ gia đình; hoặc cá nhân trực tiếp sử dụng lao động. Nếu không thể trực tiếp giao kết hợp đồng lao động thì người giao kết hợp đồng lao động bên phía người sử dụng lao động có thể ủy quyền bằng văn bản cho người khác giao kết hợp đồng lao động và người được ủy quyền giao kết hợp đồng lao động sẽ không được tiếp tục ủy quyền cho người khác giao kết hợp đồng lao động[2].

1. Khoản 2 Điều 22 Bộ luật lao động năm 2012.

2. Khoản 1 và khoản 3 Điều 3 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP ngày 12 tháng 1 năm 2015 của Chính phủ hướng dẫn Bộ luật lao động năm 2012 (sau đây gọi tắt là Nghị định số 05/2015/NĐ-CP).

Giấy ủy quyền để giao kết hợp đồng lao động phải được chuẩn bị theo mẫu của Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội[1].

Đối với người giao kết hợp đồng lao động bên phía người lao động, về nguyên tắc, người lao động phải là người trực tiếp ký kết hợp đồng lao động với người sử dụng lao động. Tuy nhiên, nếu người lao động chưa thành niên từ đủ mười lăm tuổi đến dưới mười tám tuổi thì việc giao kết này phải có văn bản đồng ý của người đại diện theo pháp luật của người lao động. Ngoài ra, khi dưới mười lăm tuổi, người lao động không thể tự mình trực tiếp ký kết hợp đồng lao động với người sử dụng lao động mà phải do người đại diện theo pháp luật của người lao động ký[2].

b) Hình thức và nội dung của hợp đồng lao động:

Các bên giao kết hợp đồng lao động bằng văn bản hoặc có thể bằng lời nói nếu là công việc tạm thời có thời hạn dưới ba tháng. Hợp đồng lao động sẽ có hiệu lực tính từ ngày giao kết, trừ khi hai bên có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác[3].

Nếu hợp đồng lao động có những nội dung trái với quy định của pháp luật lao động thì hợp đồng lao động đó có thể bị vô hiệu một phần hoặc toàn bộ[4]. Do đó, các bên phải thỏa thuận và bảo đảm nội dung của hợp đồng lao động phù hợp với quy định pháp luật lao động hiện hành. Một hợp đồng lao động phải bao gồm những nội dung chủ yếu sau đây: Thông tin của người sử dụng lao động và người lao động; công việc và địa điểm làm việc; thời hạn của hợp đồng lao động; mức lương, hình thức trả lương, thời hạn trả lương, phụ cấp lương và các khoản bổ sung khác; chế độ nâng bậc, nâng lương; thời giờ làm việc,

---

1. Khoản 1 Điều 3 Thông tư số 47/2015/TT-BLĐTBXH ngày 16 tháng 11 năm 2015 do Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội hướng dẫn một số điều về kỷ luật lao động, trách nhiệm vật chất của Nghị định 05/2015/NĐ-CP ngày 12 tháng 01 năm 2015 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số nội dung của Bộ luật lao động (sau đây gọi tắt là Thông tư số 47/2015/TT-BLĐTBXH).

2. Khoản 2 Điều 3 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP.

3. Điều 16 và Điều 25 Bộ luật lao động năm 2012.

4. Điều 50 Bộ luật lao động năm 2012.

thời giờ nghỉ ngơi; trang bị bảo hộ lao động cho người lao động; bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp, bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp bắt buộc; bồi dưỡng, nâng cao trình độ kỹ năng nghề; và các nội dung khác liên quan đến thực hiện nội dung mà hai bên thỏa thuận[1]. Khi người lao động làm việc có liên quan trực tiếp đến bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ theo quy định của pháp luật, thì hai bên có thể thỏa thuận thêm bằng văn bản (ngay trong hợp đồng lao động hoặc lập thành văn bản thỏa thuận riêng) về nội dung, thời hạn bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ, quyền lợi và việc bồi thường trong trường hợp người lao động vi phạm[2].

Người sử dụng lao động không được hạn chế người lao động giao kết hợp đồng lao động với người sử dụng lao động khác vì người lao động được quyền làm việc, tự do lựa chọn việc làm, nghề nghiệp và người lao động được làm việc cho bất kỳ người sử dụng lao động nào và ở bất kỳ nơi nào mà pháp luật không cấm[3]. Về mặt pháp lý, người lao động có thể giao kết hợp đồng lao động với nhiều người sử dụng lao động miễn là người lao động có thể bảo đảm việc thực hiện đầy đủ các nội dung đã giao kết[4]. Các thỏa thuận hạn chế hoặc cản trở người lao động làm việc cho người sử dụng lao động khác khi người lao động đang làm việc cho người sử dụng lao động cũng như hạn chế hoặc cản trở người lao động làm việc cho người sử dụng lao động khác có ngành nghề kinh doanh cùng với ngành nghề kinh doanh của người sử dụng lao động sau khi người lao động không còn làm việc nữa sẽ không có hiệu lực pháp luật và không ràng buộc nghĩa vụ của người lao động. Nếu có tranh chấp giữa các bên về các thỏa thuận này, thì điều khoản hạn chế hoặc cản trở người lao động làm việc cho người sử dụng lao động khác trong hợp đồng lao động hoặc văn bản khác sau khi hợp đồng lao động chấm dứt sẽ không có giá trị pháp lý và không thể được thi hành.

1. Điều 23 Bộ luật lao động năm 2012; Điều 4 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP.
2. Khoản 2 Điều 23 Bộ luật lao động năm 2012.
3. Điểm a khoản 1 Điều 5 và khoản 1 Điều 10 Bộ luật lao động năm 2012.
4. Điều 21 Bộ luật lao động năm 2012.

2. Thực hiện hợp đồng lao động

Hợp đồng lao động phải do chính người lao động đã giao kết hợp đồng lao động thực hiện. Bộ luật lao động năm 2012 không có quy định nào cho phép người sử dụng lao động hoặc người lao động có thể chuyển giao quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng lao động cho bất kỳ bên thứ ba nào.

Người sử dụng lao động sẽ được tạm thời chuyển người lao động làm công việc khác so với hợp đồng lao động khi gặp khó khăn đột xuất do thiên tai, hỏa hoạn, dịch bệnh, áp dụng biện pháp ngăn ngừa, khắc phục tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp, sự cố điện, nước hoặc do nhu cầu sản xuất, kinh doanh, nhưng không được quá sáu mươi ngày làm việc cộng dồn trong một năm tính từ ngày chuyển việc đầu tiên[1]. Người sử dụng lao động phải quy định cụ thể trong nội quy lao động của doanh nghiệp những trường hợp do nhu cầu sản xuất, kinh doanh mà người sử dụng lao động được tạm thời chuyển người lao động làm công việc khác so với hợp đồng lao động[2]. Các trường hợp khác khi chuyển người lao động làm công việc khác so với hợp đồng lao động phải được sự đồng ý của người lao động. Khi đó, người sử dụng lao động phải thông báo cho người lao động trước ít nhất ba ngày làm việc và phải bố trí công việc phù hợp với sức khỏe, giới tính của người lao động và bảo đảm quyền lợi của người lao động trong thời gian tạm chuyển này theo quy định của pháp luật.

Hợp đồng lao động có thể được tạm hoãn trong một số trường hợp do pháp luật quy định hoặc tạm hoãn theo thỏa thuận của hai bên[3]. Sau khi hết thời hạn tạm hoãn thực hiện hợp đồng lao động, trong vòng mười lăm ngày, người lao động phải có mặt tại nơi làm việc và người sử dụng lao động phải nhận người lao động trở lại làm việc. Nếu người lao động không thể có mặt tại nơi làm việc theo đúng thời hạn thì người lao động phải thỏa thuận với người sử dụng lao động về thời điểm có mặt.

1. Điều 31 Bộ luật lao động năm 2012.
2. Khoản 2 Điều 8 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP.
3. Điều 32 Bộ luật lao động năm 2012.

Về nguyên tắc, người lao động sẽ được quyền làm công việc trong hợp đồng lao động đã giao kết và người sử dụng lao động phải có trách nhiệm sắp xếp, bố trí để người lao động được tiếp tục làm công việc trong hợp đồng lao động đã giao kết. Chỉ khi không bố trí được thì hai bên sẽ phải thỏa thuận công việc mới và sửa đổi, bổ sung hợp đồng lao động đã giao kết hoặc giao kết hợp đồng lao động mới[1]. Việc hoãn thực hiện hợp đồng lao động quy định tại Điều 32 Bộ luật lao động năm 2012 cần được hiểu khác với trường hợp ngừng việc theo quy định tại Điều 98 Bộ luật lao động năm 2012 và nghỉ không hưởng lương theo thỏa thuận của hai bên theo khoản 3 Điều 116 Bộ luật lao động năm 2012. Lý do ngừng việc đã được quy định cụ thể trong Điều 98 Bộ luật lao động năm 2012. Theo đó, ngừng việc và nghỉ không hưởng lương thường xảy ra trong thời gian ngắn có thể tính theo giờ hoặc vài ngày trong khi hợp đồng lao động có thể tạm hoãn thực hiện trong thời hạn được tính là tháng và thời gian tạm hoãn thực hiện hợp đồng lao động sẽ không được tính là thời gian thực hiện hợp đồng lao động.

3. Chấm dứt hợp đồng lao động

Hợp đồng lao động sẽ chấm dứt bởi một trong các trường hợp sau:

- Hợp đồng lao động hết hạn;

- Người lao động đã hoàn thành công việc theo hợp đồng lao động;

- Hai bên thỏa thuận chấm dứt hợp đồng lao động;

- Người lao động đủ điều kiện về thời gian đóng bảo hiểm xã hội (hai mươi năm tham gia bảo hiểm xã hội) và tuổi hưởng lương hưu (nam đủ sáu mươi tuổi và nữ đủ năm mươi lăm tuổi) trong điều kiện lao động bình thường;

- Người lao động bị kết án tù giam, tử hình hoặc bị cấm làm công việc ghi trong hợp đồng lao động theo bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của Tòa án;

- Người lao động chết, bị Tòa án tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự, mất tích hoặc là đã chết;

---

1. Điều 10 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP.

- Người sử dụng lao động là cá nhân chết, bị Tòa án tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự, mất tích hoặc là đã chết; người sử dụng lao động không phải là cá nhân chấm dứt hoạt động;

- Người lao động bị xử lý kỷ luật sa thải theo quy định của Bộ luật lao động năm 2012;

- Người lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động theo quy định của Bộ luật lao động năm 2012;

- Người sử dụng lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động theo quy định của Bộ luật lao động năm 2012;

- Người sử dụng lao động cho người lao động thôi việc do thay đổi cơ cấu, công nghệ theo quy định của Bộ luật lao động năm 2012; người sử dụng lao động cho người lao động thôi việc vì lý do kinh tế theo quy định của Bộ luật lao động năm 2012;

- Người sử dụng lao động cho người lao động thôi việc do sáp nhập, hợp nhất, chia tách doanh nghiệp, hợp tác xã theo quy định của Bộ luật lao động năm 2012[1];

- Người sử dụng lao động cho người lao động thôi việc do chuyển quyền sở hữu hoặc quyền sử dụng tài sản của doanh nghiệp theo quy định của Bộ luật lao động năm 2012[2].

Để có thể đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động đúng quy định pháp luật, người sử dụng lao động và người lao động cần đáp ứng được điều kiện cần và đủ. Điều kiện cần là một trong các bên phải thuộc trường hợp hoặc có lý do cụ thể mà căn cứ vào đó người sử dụng lao động hoặc người lao động được quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động (trừ hợp đồng lao động không xác định thời hạn thì người lao động có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động với người sử dụng lao động mà không cần có lý do). Điều kiện đủ là người sử dụng lao động hoặc người lao động phải thông báo cho bên còn lại về việc đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trước một khoảng thời gian

1. Điều 36 Bộ luật lao động năm 2012.
2. Khoản 2 Điều 45 và Điều 46 Bộ luật lao động năm 2012.

(tùy vào lý do đơn phương chấm dứt và thời hạn của hợp đồng lao động) theo quy định của pháp luật[1]. Việc đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động không có lý do theo quy định (trừ trường hợp người lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động không xác định thời hạn) hoặc không tuân thủ thời hạn báo trước như quy định sẽ bị coi là đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật và bên đơn phương chấm dứt trái pháp luật sẽ phải bồi thường cho bên còn lại theo quy định pháp luật. Riêng người sử dụng lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật thì sẽ phải nhận lại người lao động vào làm việc theo hợp đồng lao động đã giao kết[2].

Khi hợp đồng lao động chấm dứt, các bên có trách nhiệm thanh toán đầy đủ các khoản có liên quan đến quyền lợi của mỗi bên trong thời hạn do pháp luật quy định. Trong vòng bảy ngày làm việc kể từ ngày chấm dứt hợp đồng lao động, người sử dụng lao động phải thanh toán đầy đủ các khoản liên quan theo yêu cầu của pháp luật cho người lao động như: Tiền lương chưa thanh toán, tiền lương cho ngày nghỉ hàng năm mà người lao động chưa sử dụng hoặc chưa sử dụng hết, trợ cấp thôi việc hoặc trợ cấp mất việc làm (tùy trường hợp chấm dứt và cho khoảng thời gian người lao động làm việc mà hai bên không tham gia bảo hiểm thất nghiệp) hoặc bất kỳ khoản thanh toán nào mà người sử dụng lao động chưa trả cho người lao động. Thời hạn thanh toán có thể kéo dài nhưng không được quá ba mươi ngày kể từ ngày chấm dứt hợp đồng lao động nếu người sử dụng lao động gặp thiên tai, hỏa hoạn, địch họa hoặc dịch bệnh truyền nhiễm; hoặc người sử dụng lao động là doanh nghiệp chấm dứt hoạt động; hoặc người sử dụng lao động cho người lao động thôi việc vì thay đổi cơ cấu, công nghệ hoặc lý do kinh tế. Ngoài ra, người sử dụng lao động cũng phải hoàn thành thủ tục xác nhận và hoàn trả sổ bảo hiểm xã hội cho người lao động[3].

---

1. Điều 37, Điều 38, Điều 44 và Điều 45 Bộ luật lao động năm 2012.
2. Điều 42 và Điều 43 Bộ luật lao động năm 2012.
3. Điều 47 Bộ luật lao động năm 2012; khoản 5 Điều 14 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP.

Các vấn đề Luật sư cần lưu ý:

- Trước khi giao kết hợp đồng lao động, người sử dụng lao động và người lao động có thể thỏa thuận về việc làm thử, quyền và nghĩa vụ của hai bên trong thời gian làm thử. Nếu có thỏa thuận về việc làm thử, Luật sư nên khuyên khách hàng giao kết hợp đồng thử việc bằng văn bản với người lao động. Nội dung hợp đồng thử việc cần phải phù hợp với quy định của pháp luật.

- Chỉ có người đại diện theo pháp luật hoặc người được người đại diện theo pháp luật ủy quyền giao kết hợp đồng lao động mới có thể đại diện cho người sử dụng lao động là doanh nghiệp để giao kết hợp đồng lao động. Hợp đồng lao động phải bao gồm các thỏa thuận của hai bên về các nội dung chủ yếu cần phải có trong hợp đồng lao động theo đúng quy định của Bộ luật lao động năm 2012. Hợp đồng lao động có thể bị vô hiệu (từng phần hoặc toàn bộ, tùy trường hợp) nếu như các bên không tuân thủ điều kiện về thẩm quyền giao kết hợp đồng lao động hoặc nội dung của hợp đồng lao động vi phạm các quy định của pháp luật lao động.

- Người sử dụng lao động hoặc người lao động nếu muốn đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động với bên còn lại thì phải có lý do thuộc trường hợp mà pháp luật lao động đã quy định (trừ người lao động làm việc theo hợp đồng lao động không xác định thời hạn) và phải báo trước cho bên còn lại một khoảng thời gian theo quy định, tùy loại hợp đồng lao động và lý do chấm dứt là gì. Luật sư nên đưa ra các khuyến cáo cụ thể về các điều kiện nêu trên để người sử dụng lao động hoặc người lao động cân nhắc trước khi đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động. Nếu không, việc đơn phương chấm dứt sẽ bị xem như là trái pháp luật.

II. THỎA ƯỚC LAO ĐỘNG TẬP THỂ

Theo quy định của pháp luật, thỏa ước lao động tập thể là văn bản thỏa thuận ghi nhận kết quả về điều kiện lao động mà người sử dụng

lao động và tập thể người lao động đã đạt được từ việc thương lượng tập thể. Nội dung thỏa ước lao động tập thể không được trái với quy định của pháp luật, đồng thời phải có lợi hơn cho người lao động so với quy định của pháp luật[1]. Thông qua việc ký kết thỏa ước lao động tập thể, người sử dụng lao động là doanh nghiệp, hợp tác xã có thể kê khai một số chi phí mà người sử dụng lao động thanh toán cho người lao động theo thỏa ước lao động tập thể là chi phí hợp lý, hợp lệ được trừ khi tính thuế thu nhập doanh nghiệp theo quy định của pháp luật về thuế thu nhập doanh nghiệp[2].

Thỏa ước lao động tập thể sẽ có hiệu lực khi có trên năm mươi phần trăm số người của tập thể người lao động biểu quyết tán thành nội dung thương lượng tập thể đã đạt được. Người có thẩm quyền ký kết thỏa ước lao động tập thể bên phía người sử dụng lao động là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp và người có thẩm quyền ký kết thỏa ước lao động tập thể bên phía người lao động là Chủ tịch Công đoàn cơ sở hoặc Chủ tịch Công đoàn cấp trên trực tiếp của Công đoàn cơ sở nếu chưa thành lập Công đoàn cơ sở. Nếu không thể trực tiếp ký thỏa ước lao động tập thể thì người có thẩm quyền của người sử dụng lao động và người lao động có thể ủy quyền bằng văn bản cho người khác ký thỏa ước lao động tập thể và người được ủy quyền này sẽ không được tiếp tục ủy quyền cho người khác ký thỏa ước lao động tập thể[3].

Thỏa ước lao động tập thể có hiệu lực kể từ ngày được ghi trong thỏa ước lao động tập thể. Nếu không ghi ngày có hiệu lực thì thỏa ước lao động tập thể sẽ có hiệu lực kể từ ngày ký kết[4]. Thỏa ước lao động tập thể có thời hạn từ một năm đến ba năm hoặc dưới một năm đối với

---

1. Điều 73 Bộ luật lao động năm 2012.
2. Điểm m và điểm o khoản 2 Điều 9 Nghị định số 218/2013/NĐ-CP ngày 26 tháng 12 năm 2013 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật thuế thu nhập doanh nghiệp của Chính phủ (được sửa đổi bởi Nghị định số 91/2014/NĐ-CP ngày 01 tháng 10 năm 2014, Nghị định số 12/2015/NĐ-CP ngày 12 tháng 2 năm 2015, Nghị định số 118/2015/NĐ-CP ngày 12 tháng 11 năm 2015 và Nghị định số 100/2016/NĐ-CP ngày 01 tháng 7 năm 2016).
3. Khoản 2 Điều 18 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP.
4. Điều 76 Bộ luật lao động năm 2012.

doanh nghiệp lần đầu tiên ký kết thỏa ước lao động tập thể[1]. Các bên có thể thương lượng để kéo dài thời hạn của thỏa ước lao động tập thể hoặc ký kết thỏa ước lao động tập thể mới trong thời hạn ba tháng trước ngày thỏa ước lao động tập thể hết hạn[2]. Khi thỏa ước lao động tập thể hết hạn mà hai bên vẫn tiếp tục thương lượng, thì thỏa ước lao động tập thể cũ vẫn được tiếp tục thực hiện trong thời gian không quá sáu mươi ngày[3].

Thỏa ước lao động tập thể không cần phải đăng ký mà người sử dụng lao động chỉ cần thực hiện thủ tục thông báo đến cơ quan quản lý lao động có thẩm quyền. Cụ thể, trong thời hạn mười ngày kể từ ngày ký kết thỏa ước lao động tập thể, người sử dụng lao động sẽ phải gửi thỏa ước lao động tập thể đã ký kết cho cơ quan quản lý lao động là Sở Lao động, Thương binh và Xã hội nơi doanh nghiệp đặt trụ sở[4].

Trong trường hợp quyền, nghĩa vụ, lợi ích của các bên trong hợp đồng lao động đã giao kết trước ngày thỏa ước lao động tập thể có hiệu lực thấp hơn so với các quy định tương ứng của thỏa ước lao động tập thể thì phải thực hiện những quy định tương ứng của thỏa ước lao động tập thể. Các quy định trước đó của người sử dụng lao động về lao động chưa phù hợp với thỏa ước lao động tập thể, thì phải được sửa đổi cho phù hợp với thỏa ước lao động tập thể trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày thỏa ước lao động tập thể có hiệu lực[5].

Các vấn đề cần lưu ý:

- Luật sư cần tư vấn cho khách hàng về lợi ích của việc ký kết thỏa ước lao động tập thể. Theo đó, thông qua việc ký kết thỏa ước lao động tập thể, người sử dụng lao động là doanh nghiệp, hợp tác xã có thể kê khai các chi phí mà người sử dụng lao động thanh toán cho người lao động theo thỏa ước lao động tập thể là chi phí hợp lý, hợp lệ được trừ khi tính thuế thu nhập doanh nghiệp theo quy định của pháp luật về thuế thu nhập doanh nghiệp.

1. Điều 85 Bộ luật lao động năm 2012.
2. Điều 81 Bộ luật lao động năm 2012.
3. Điều 81 Bộ luật lao động năm 2012.
4. Điều 75 Bộ luật lao động năm 2012.
5. Khoản 2 Điều 84 Bộ luật lao động năm 2012.

- Luật sư cần hiểu rõ các bước của quy trình ký kết thỏa ước lao động tập thể (thẩm quyền ký kết, quy trình thông qua) để giúp khách hàng bảo đảm thỏa ước lao động tập thể sẽ có hiệu lực theo đúng quy định và lưu ý rằng thỏa ước lao động tập thể phải được gửi đến cơ quan quản lý lao động có thẩm quyền trong thời hạn luật định kể từ ngày ký kết thỏa ước lao động tập thể.

- Luật sư cũng cần tư vấn thêm cho khách hàng rà soát lại và sửa đổi các nội dung của hợp đồng lao động đã giao kết với người lao động, nội quy lao động, quy chế lương thưởng và các tài liệu quản lý lao động nội bộ khác của doanh nghiệp đã có trước đó (nếu có) trong thời hạn luật định để bảo đảm các quy định này là phù hợp với thỏa ước lao động tập thể.

III. NỘI QUY LAO ĐỘNG, KỶ LUẬT LAO ĐỘNG VÀ TRÁCH NHIỆM VẬT CHẤT

Pháp luật lao động cho phép người sử dụng lao động quyền được xử lý kỷ luật lao động đối với người lao động khi người lao động có hành vi vi phạm kỷ luật lao động và quyền xử lý bồi thường thiệt hại để yêu cầu bồi thường thiệt hại khi người lao động có hành vi gây thiệt hại hoặc làm mất mát, hư hỏng cho tài sản của doanh nghiệp. Việc quy định về kỷ luật lao động và xử lý kỷ luật lao động cũng như trách nhiệm vật chất và xử lý bồi thường thiệt hại đòi hỏi người sử dụng lao động phải thực hiện theo các quy trình và thủ tục chặt chẽ, tuân thủ đúng quy định của pháp luật.

1. Nội quy lao động

Người sử dụng lao động có thuê từ mười người lao động trở lên thì phải ban hành nội quy lao động bằng văn bản và thực hiện thủ tục đăng ký nội quy lao động với cơ quan quản lý nhà nước về lao động cấp tỉnh sau khi tham khảo ý kiến của tổ chức đại diện tập thể người lao động, cụ thể là Ban Chấp hành Công đoàn cơ sở hoặc Ban Chấp hành Công đoàn cấp trên trực tiếp nếu chưa thành lập Ban Chấp hành Công đoàn cơ sở,

để nội quy lao động có hiệu lực pháp luật[1]. Nội quy lao động sẽ có hiệu lực sau thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày cơ quan quản lý nhà nước về lao động cấp tỉnh nhận được hồ sơ đăng ký nội quy lao động và có thông báo về việc nội quy lao động phù hợp với quy định của pháp luật[2]. Cần lưu ý rằng, người sử dụng lao động có chi nhánh, đơn vị, cơ sở sản xuất, kinh doanh đặt ở nhiều tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương có trách nhiệm gửi nội quy lao động sau khi có hiệu lực đến cơ quan quản lý nhà nước về lao động cấp tỉnh nơi đặt chi nhánh, đơn vị, cơ sở sản xuất, kinh doanh[3]. Nếu người sử dụng lao động có thuê từ mười người lao động trở lên thì nội quy lao động là cơ sở pháp lý duy nhất để người sử dụng lao động có thể xử lý kỷ luật lao động đối với hành vi vi phạm kỷ luật lao động của người lao động. Nếu không có nội quy lao động, người lao động sẽ không có quyền xử lý kỷ luật lao động đối với hành vi vi phạm kỷ luật lao động của người lao động.

Khi ban hành nội quy lao động, ngoài các nội dung chủ yếu mà người sử dụng lao động cần bảo đảm tuân thủ theo pháp luật về lao động và quy định khác của pháp luật có liên quan như: Thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi; Trật tự tại nơi làm việc; An toàn lao động, vệ sinh lao động ở nơi làm việc; Bảo vệ tài sản và bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ, sở hữu trí tuệ của người sử dụng lao động, người sử dụng lao động cần quy định rõ danh mục hành vi vi phạm, mức độ vi phạm tương ứng với các hình thức xử lý kỷ luật lao động, mức độ thiệt hại, trách nhiệm bồi thường thiệt hại khi người lao động có hành vi vi phạm. Người sử dụng lao động có thể quy định mức độ của mỗi hành vi vi phạm trong nội quy lao động (từ nhẹ, trung bình, nặng đến rất nặng) tương ứng với các hình thức xử lý kỷ luật lao động theo thứ tự tăng dần, bao gồm: Khiển trách, kéo dài thời hạn nâng lương không quá sáu tháng, cách chức, sa thải[4].

---

1. Khoản 1 và 3 Điều 119; Điều 120 Bộ luật lao động năm 2012.
2. Điều 122 Bộ luật lao động năm 2012.
3. Khoản 8 Điều 28 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP.
4. Khoản 2 Điều 119 và Điều 125 Bộ luật lao động năm 2012; Điều 27 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP.

Người sử dụng lao động có thuê dưới mười người lao động không bắt buộc phải ban hành nội quy lao động. Nếu người sử dụng lao động có ban hành nội quy lao động thì nội quy lao động này không bắt buộc phải đăng ký với quan cơ quan quản lý nhà nước về lao động. Trường hợp không ban hành nội quy lao động bằng văn bản thì người sử dụng lao động và người lao động thỏa thuận nội dung kỷ luật lao động, trách nhiệm vật chất và ghi nhận trong hợp đồng lao động để người sử dụng lao động có cơ sở xử lý kỷ luật lao động[1]. Nếu hai bên không thỏa thuận nội dung kỷ luật lao động, trách nhiệm vật chất trong hợp đồng lao động thì người sử dụng lao động không thể xử lý kỷ luật lao động đối với hành vi vi phạm kỷ luật lao động của người lao động.

2. Kỷ luật lao động

Người sử dụng lao động là bên có nghĩa vụ đưa ra và chứng minh các cáo buộc về một hành vi của người lao động được cho là vi phạm kỷ luật lao động. Người sử dụng lao động phải có các căn cứ pháp lý rõ ràng thể hiện rằng người lao động đã có hành vi vi phạm (căn cứ vào nội quy lao động hoặc hợp đồng lao động tùy từng trường hợp như đề cập ở trên) và tuân thủ một quy trình xử lý kỷ luật lao động theo đúng quy định của pháp luật. Cụ thể:

a) Hành vi vi phạm của người lao động để bị xử lý kỷ luật lao động phải được quy định rõ ràng:

Việc xử lý kỷ luật lao động đối với người lao động sẽ không được xem là hợp pháp nếu như hành vi vi phạm của người lao động không được quy định cụ thể và rõ ràng trong nội quy lao động hoặc trong hợp đồng lao động (nếu người sử dụng lao động sử dụng dưới mười người lao động và không ban hành nội quy lao động bằng văn bản) bởi pháp luật lao động không cho phép xử lý kỷ luật lao động đối với người lao động có hành vi vi phạm không được quy định trong nội quy lao động[2]. Lưu ý rằng, nội quy lao động có quy định về hành vi vi phạm của người

1. Khoản 4 Điều 10 Thông tư số 47/2015/TT-BLĐTBXH.
2. Khoản 3 Điều 128 Bộ luật lao động năm 2012.

lao động phải đang có hiệu lực áp dụng như đã đề cập ở trên. Tùy vào đặc thù hoạt động kinh doanh cụ thể, người sử dụng lao động có thể quy định các hành vi vi phạm kỷ luật lao động cho phù hợp. Riêng các hành vi vi phạm tương ứng với hình thức xử lý kỷ luật lao động là sa thải thì phải phù hợp với quy định tại Điều 126 Bộ luật lao động năm 2012.

b) Thời hiệu xử lý kỷ luật lao động:

Người sử dụng lao động phải bảo đảm rằng việc xử lý kỷ luật lao động còn trong thời hiệu theo luật định. Thời hiệu xử lý kỷ luật người lao động tối đa là sáu tháng, kể từ ngày xảy ra hành vi vi phạm. Nếu hành vi vi phạm của người lao động liên quan trực tiếp đến tài chính, tài sản, tiết lộ bí mật công nghệ, bí mật kinh doanh của người sử dụng lao động thì thời hiệu xử lý kỷ luật lao động tối đa là mười hai tháng[1]. Quyết định xử lý kỷ luật lao động phải được ban hành trong thời hiệu xử lý kỷ luật lao động[2].

Nếu đã hết thời hiệu xử lý kỷ luật lao động mà người sử dụng lao động xử lý kỷ luật lao động đối với người lao động thì việc xử lý kỷ luật lao động sẽ bị coi là trái pháp luật. Khi đó, người sử dụng lao động sẽ phải hủy quyết định xử lý kỷ luật lao động và khôi phục các quyền lợi của người lao động trong thời gian bị xử lý kỷ luật lao động.

c) Các trường hợp không được xử lý kỷ luật lao động:

Người sử dụng lao động không được quyền xử lý kỷ luật lao động ngay đối với người lao động khi xảy ra một trong các trường hợp dưới đây:

- Người lao động nghỉ ốm đau, điều dưỡng, nghỉ việc được sự đồng ý của người sử dụng lao động[3];

- Người lao động đang bị tạm giữ, tạm giam[4];

- Các bên đang chờ kết quả của cơ quan có thẩm quyền điều tra xác minh và kết luận đối với hành vi vi phạm liên quan đến trộm cắp,

1. Khoản 1 Điều 124 Bộ luật lao động năm 2012.
2. Khoản 2 Điều 124 Bộ luật lao động năm 2012.
3. Điểm a khoản 4 Điều 123 Bộ luật lao động năm 2012.
4. Điểm b khoản 4 Điều 123 Bộ luật lao động năm 2012.

tham ô, đánh bạc, cố ý gây thương tích, sử dụng ma túy trong phạm vi nơi làm việc, tiết lộ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ, xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ của người sử dụng lao động, có hành vi gây thiệt hại nghiêm trọng hoặc đe doạ gây thiệt hại đặc biệt nghiêm trọng về tài sản, lợi ích của người sử dụng lao động[1];

- Người lao động nữ có thai, nghỉ thai sản[2];

- Người lao động là cha đẻ, mẹ đẻ hoặc cha nuôi, mẹ nuôi hợp pháp đang nuôi con nhỏ dưới mười hai tháng tuổi (bao gồm nuôi con đẻ dưới mười hai tháng tuổi; nuôi con nuôi hợp pháp theo quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình dưới mười hai tháng tuổi; nuôi đứa trẻ mang thai hộ dưới mười hai tháng tuổi đối với người lao động là người mang thai hộ theo quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình)[3].

Sau khi hết thời hạn trên mà thời hiệu xử lý kỷ luật lao động đã chấm dứt thì người sử dụng lao động được gia hạn thêm thời hạn xử lý kỷ luật lao động và thời hạn gia hạn sẽ không quá sáu mươi ngày kể từ ngày hết thời gian nêu trên. Đối với người lao động vi phạm kỷ luật lao động trong khi mắc bệnh tâm thần hoặc một bệnh khác làm mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của mình thì người sử dụng lao động không được xử lý kỷ luật lao động đối với người lao động đó vào bất kỳ thời điểm nào[4].

d) Người sử dụng lao động phải chứng minh được lỗi của người lao động:

Vì người sử dụng lao động là bên có nghĩa vụ đưa ra các cáo buộc về hành vi vi phạm của người lao động nên người sử dụng lao động có nghĩa vụ chứng minh lỗi của người lao động[5]. Nếu người sử dụng lao động không cung cấp được đầy đủ các nguồn chứng cứ thuyết phục và hợp lý để chứng minh rằng người lao động đã có lỗi trong việc gây ra

1. Điểm c khoản 4 Điều 123 Bộ luật lao động năm 2012.
2. Điểm d khoản 4 Điều 123 Bộ luật lao động năm 2012.
3. Khoản 1 Điều 29 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP; Điều 11 Thông tư số 47/2015/TT-BLĐTBXH.
4. Khoản 2 và 3 Điều 124 Bộ luật lao động năm 2012.
5. Điểm a khoản 1 Điều 123 Bộ luật lao động năm 2012.

hành vi vi phạm mà vẫn quyết định xử lý kỷ luật lao động thì việc xử lý kỷ luật lao động có thể bị xác định là "không phù hợp với quy định của pháp luật" và "không công bằng".

Người sử dụng lao động được quyền tạm đình chỉ công việc của người lao động khi vụ việc có những tình tiết phức tạp và xét thấy để người lao động tiếp tục làm việc sẽ gây khó khăn cho việc xác minh của người sử dụng lao động. Người sử dụng lao động phải tham khảo ý kiến của tổ chức đại diện tập thể người lao động trước khi ban hành quyết định tạm đình chỉ công việc của người lao động. Tuy nhiên, vì quyền được làm việc của người lao động vẫn phải được bảo đảm nên thời hạn tạm đình chỉ công việc không được quá mười lăm ngày hoặc trường hợp đặc biệt không quá chín mươi ngày và người sử dụng lao động sẽ phải nhận người lao động trở lại làm việc khi hết thời hạn tạm đình chỉ. Trong thời gian bị tạm đình chỉ công việc, người lao động được tạm ứng năm mươi phần trăm tiền lương trước khi bị tạm đình chỉ công việc. Người sử dụng lao động sẽ phải trả đủ tiền lương cho người lao động cho thời gian bị tạm đình chỉ công việc nếu như người lao động không bị xử lý kỷ luật lao động, nếu người lao động bị xử lý kỷ luật lao động thì người lao động cũng không phải trả lại số tiền lương đã được tạm ứng[1].

đ) Quyền được bào chữa của người lao động:

Quyền được bào chữa của người lao động trước khi người sử dụng lao động đưa ra quyết định xử lý hoặc không xử lý kỷ luật lao động, bao gồm:

- *Người lao động được tham dự cuộc họp xử lý kỷ luật lao động:*

Người sử dụng lao động phải gửi thông báo bằng văn bản về việc tham dự cuộc họp xử lý kỷ luật lao động cho người lao động, cha, mẹ hoặc người đại diện theo pháp luật của người lao động dưới mười tám tuổi, tổ chức đại diện tập thể người lao động trước khi tiến hành cuộc họp[2]. Thông báo này cần nêu rõ căn cứ cụ thể/hành vi vi phạm của

1. Điều 129 Bộ luật lao động năm 2012.
2. Khoản 1 Điều 30 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP.

người lao động và hình thức xử lý kỷ luật lao động nào có thể được áp dụng đối với người lao động.

Theo quy định của pháp luật, người lao động sẽ có quyền tự bào chữa, nhờ Luật sư hoặc người khác bào chữa tại cuộc họp xử lý kỷ luật lao động. Do đó, để bảo đảm quyền lợi này cho người lao động, người sử dụng lao động nên trao đổi với người lao động để biết được rằng người lao động có Luật sư hoặc người nào khác để bào chữa cho người lao động hay không. Nếu có, người sử dụng lao động cũng nên gửi thông báo văn bản về việc tham dự cuộc họp xử lý kỷ luật lao động cho Luật sư hoặc người bào chữa cho người lao động để tham dự cuộc họp này ít nhất năm ngày làm việc trước khi tiến hành cuộc họp để họ chuẩn bị.

Ngoài ra, người sử dụng lao động có thể mời thêm người làm chứng (nếu có) tham dự cuộc họp xử lý kỷ luật lao động để bảo đảm tính khách quan của vụ việc và để cuộc họp xử lý kỷ luật lao động được diễn ra khách quan và theo đúng trình tự. Người sử dụng lao động chỉ có thể mở phiên họp xử lý kỷ luật lao động mà không có sự tham dự của người lao động khi mà người sử dụng lao động đã gửi thư mời cho người lao động đến lần thứ ba mà người lao động vẫn vắng mặt.

- Phải có sự tham dự của tổ chức đại diện tập thể người lao động:

Người sử dụng lao động cũng phải gửi thông báo bằng văn bản về việc tham dự cuộc họp xử lý kỷ luật lao động cho tổ chức đại diện cho tập thể người lao động, cụ thể là Ban Chấp hành Công đoàn cơ sở hoặc Ban Chấp hành Công đoàn cấp trên nơi chưa thành lập Công đoàn cơ sở ít nhất năm ngày làm việc trước khi tiến hành cuộc họp[1]. Công đoàn cơ sở thực hiện vai trò đại diện, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của đoàn viên công đoàn, người lao động. Ý kiến của tổ chức đại diện cho tập thể người lao động về việc có đồng ý hay không đồng ý với đề xuất kỷ luật lao động của người sử dụng lao động phải được ghi nhận trong biên bản họp xử lý kỷ luật lao động. Các thành viên của tổ chức

1. Khoản 1 Điều 30 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP.

đại diện cho tập thể người lao động phải ký tên trên biên bản họp xử lý kỷ luật người lao động, nếu không ký phải ghi rõ lý do.

Người sử dụng lao động chỉ có thể mở phiên họp xử lý kỷ luật lao động mà không có sự tham dự của tổ chức đại diện cho tập thể người lao động khi người sử dụng lao động đã gửi thư mời cho tổ chức đại diện cho tập thể người lao động đến lần thứ ba mà tổ chức đại diện cho tập thể người lao động vẫn vắng mặt[1].

e) Cuộc họp xử lý kỷ luật lao động diễn ra theo đúng quy định của pháp luật:

Người sử dụng lao động cần phải tiến hành cuộc họp xử lý kỷ luật lao động trước khi đưa ra quyết định về việc xử lý kỷ luật lao động. Người chủ trì cuộc họp xử lý kỷ luật lao động phải là người đại diện theo pháp luật của người sử dụng lao động. Trong trường hợp trước đó người đại diện theo pháp luật của người sử dụng lao động đã ủy quyền bằng văn bản cho người khác để giao kết hợp đồng lao động thì người đã được ủy quyền để giao kết hợp đồng lao động có thể tiến hành triệu tập người lao động, tổ chức đại diện cho tập thể người lao động và các thành phần khác nêu trên (nếu có) và chủ trì cuộc họp xử lý kỷ luật lao động[2].

Bên cạnh đó, người lao động phải được tạo cơ hội để trình bày vụ việc, đưa ra yêu cầu của mình cũng như được quyền đưa ra các chứng cứ để hỗ trợ cho lập luận của mình. Người lao động trình bày bản tường trình diễn biến sự việc và nêu rõ về hành vi vi phạm, mức độ vi phạm và nguyên nhân xảy ra vi phạm. Người sử dụng lao động cần phải lắng nghe các ý kiến của người lao động và/hoặc người đại diện theo pháp luật của người lao động, Luật sư của người lao động (nếu có) với tinh thần cởi mở và không nên đưa ra các định kiến sẵn có hay đưa ra kết luận quá sớm về vụ việc. Sau khi người lao động và/hoặc Luật sư của người lao động trình bày, người sử dụng lao động nên mời người làm chứng

---

1. Khoản 2 Điều 30 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP.
2. Khoản 4 Điều 12 Thông tư số 47/2015/TT-BLĐTBXH.

chứng kiến vụ việc trình bày cụ thể những nội dung có liên quan đến sự việc xảy ra. Trong trường hợp người lao động không có bản tường trình thì người sử dụng lao động trình bày biên bản sự việc xảy ra hoặc nguyên nhân mà người sử dụng lao động phát hiện vụ việc vi phạm.

Như đã phân tích, người sử dụng lao động có nghĩa vụ chứng minh lỗi của người lao động cho nên người chủ trì cuộc họp khi trình bày hồ sơ xử lý kỷ luật lao động cần trình bày rõ ràng các luận điểm, luận cứ chứng minh hành vi vi phạm của người lao động trên cơ sở liên kết với các yếu tố lỗi của người lao động. Lưu ý rằng, nếu có yêu cầu người lao động phải bồi thường trách nhiệm vật chất cùng lúc với việc xử lý kỷ luật lao động thì người sử dụng lao động cũng phải đồng thời chứng minh mức độ thiệt hại và làm rõ phương thức bồi thường đối với người lao động.

Sau đó, người sử dụng lao động phải trao đổi với đại diện của tổ chức đại diện tập thể người lao động về việc xử lý kỷ luật lao động đối với người lao động. Cuối cùng, cuộc họp xử lý kỷ luật lao động phải được lập thành biên bản và biên bản này phải được thông qua bởi các thành viên tham dự trước khi kết thúc cuộc họp. Biên bản phải có đầy đủ chữ ký của các thành phần tham dự cuộc họp và người lập biên bản. Trường hợp một trong các thành phần đã tham dự cuộc họp không ký vào biên bản thì phải ghi rõ lý do[1]. Vì biên bản cuộc họp xử lý kỷ luật lao động là cơ sở để người sử dụng lao động ra quyết định xử lý kỷ luật lao động đối với người lao động nên để rõ ràng, biên bản cần ghi rõ hành vi vi phạm kỷ luật lao động, mức độ vi phạm và hình thức xử lý kỷ luật lao động. Đồng thời, nếu cần áp dụng bồi thường trách nhiệm vật chất thì phải nêu thêm mức độ thiệt hại, mức bồi thường và phương thức bồi thường.

g) Ban hành quyết định xử lý kỷ luật lao động:

Sau khi tổ chức cuộc họp xử lý kỷ luật lao động như trên, người sử dụng lao động nên cân nhắc một lần nữa về việc có nên ban hành quyết định xử lý kỷ luật lao động hay không. Nếu có đầy đủ các chứng cứ thuyết phục và quyết định sẽ xử lý kỷ luật lao động đối với người

1. Khoản 3 Điều 30 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP.

lao động, người sử dụng lao động phải ban hành quyết định xử lý kỷ luật lao động bằng văn bản với một trong các hình thức xử lý kỷ luật lao động sau đây: Khiển trách, kéo dài thời hạn nâng lương không quá sáu tháng, cách chức hoặc sa thải. Quyết định xử lý kỷ luật lao động phải được ban hành trong thời hiệu xử lý kỷ luật lao động hoặc thời hạn được gia hạn thêm theo luật định và được gửi đến các thành phần tham dự phiên họp xử lý kỷ luật lao động[1].

Về nguyên tắc, người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp sẽ là người ban hành quyết định xử lý kỷ luật lao động. Người trước đó được ủy quyền để giao kết hợp đồng lao động với người lao động bị xử lý kỷ luật lao động có quyền ra quyết định xử lý kỷ luật lao động nếu hình thức xử lý là khiển trách. Đối với các hình thức xử lý kỷ luật lao động khác thì sau khi kết thúc cuộc họp xử lý kỷ luật lao động, người được ủy quyền để giao kết hợp đồng lao động hoàn thiện hồ sơ, đề nghị người sử dụng lao động xem xét, ra quyết định và tổ chức thực hiện theo quyết định xử lý kỷ luật lao động được ban hành[2].

Một lưu ý quan trọng đối với hình thức xử lý kỷ luật lao động sa thải, đó là người sử dụng lao động chỉ được xem xét áp dụng hình thức xử lý kỷ luật lao động sa thải khi người lao động thực hiện một trong các hành vi sau: Người lao động trộm cắp, tham ô, đánh bạc, cố ý gây thương tích, sử dụng ma túy trong phạm vi nơi làm việc; người lao động tiết lộ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ, xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ của người sử dụng lao động; người lao động có hành vi gây thiệt hại nghiêm trọng hoặc đe dọa gây thiệt hại đặc biệt nghiêm trọng về tài sản, lợi ích của người sử dụng lao động; người lao động đã bị xử lý kỷ luật kéo dài thời hạn nâng lương mà tái phạm trong thời gian chưa xóa kỷ luật hoặc bị xử lý kỷ luật cách chức mà tái phạm; người lao động tự ý bỏ việc năm ngày làm việc cộng dồn trong phạm vi ba mươi ngày lịch kể từ ngày tự ý bỏ việc hoặc hai mươi ngày làm việc cộng dồn trong phạm vi ba trăm sáu mươi lăm ngày lịch kể từ đầu tiên tự ý bỏ việc mà

1. Khoản 5 Điều 30 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP.
2. Khoản 4 Điều 12 Thông tư số 47/2015/TT-BLĐTBXH.

không có lý do chính đáng[1]. Khác với các hình thức kỷ luật lao động khác (khiển trách, kéo dài thời hạn nâng lương không quá sáu tháng, cách chức), hợp đồng lao động với người lao động bị sa thải sẽ chấm dứt theo quyết định sa thải[2].

Ngoài ra, người sử dụng lao động phải tuân thủ quy định không được áp dụng nhiều hình thức xử lý kỷ luật lao động đối với một hành vi vi phạm kỷ luật lao động và chỉ được áp dụng hình thức kỷ luật cao nhất tương ứng với hành vi vi phạm nặng nhất khi một người lao động đồng thời có nhiều hành vi vi phạm kỷ luật lao động. Người sử dụng lao động cũng không được dùng biện pháp phạt tiền hay cắt lương để thay việc xử lý kỷ luật lao động[3].

3. Trách nhiệm vật chất

Tương tự như kỷ luật lao động, người sử dụng lao động là bên có nghĩa vụ chứng minh một hành vi của người lao động được cho là gây thiệt hại cho tài sản của doanh nghiệp. Người sử dụng lao động phải có các căn cứ pháp lý rõ ràng thể hiện rằng người lao động đã có hành vi gây thiệt hại cho tài sản của người sử dụng lao động và tuân thủ một quy trình xử lý bồi thường thiệt hại theo đúng quy định của pháp luật. Cụ thể như sau:

a) Các căn cứ để yêu cầu bồi thường thiệt hại:

Người sử dụng lao động được yêu cầu người lao động bồi thường thiệt hại theo quy trình xử lý bồi thường thiệt hại khi người lao động có một trong các hành vi sau[4]:

- Người lao động làm hư hỏng dụng cụ, thiết bị hoặc có hành vi khác gây thiệt hại tài sản của người sử dụng lao động. Trường hợp người lao động gây thiệt hại không nghiêm trọng do sơ suất với giá trị không quá mười tháng lương tối thiểu vùng do Chính phủ công bố được áp dụng

1. Điều 126 Bộ luật lao động năm 2012; khoản 1 Điều 31 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP.
2. Khoản 8 Điều 36 Bộ luật lao động năm 2012.
3. Khoản 3 Điều 123 và khoản 2 Điều 128 Bộ luật lao động năm 2012.
4. Khoản 1 và 2 Điều 130 Bộ luật lao động năm 2012.

tại nơi người lao động làm việc, thì người lao động phải bồi thường nhiều nhất là ba tháng tiền lương và bị khấu trừ hàng tháng vào lương theo quy định tại khoản 3 Điều 101 Bộ luật lao động năm 2012, tức là người sử dụng lao động chỉ được khấu trừ không quá ba mươi phần trăm tiền lương hằng tháng của người lao động sau khi trích nộp các khoản bảo hiểm xã hội bắt buộc, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp và thuế thu nhập cá nhân;

- Người lao động làm mất dụng cụ, thiết bị, tài sản của người sử dụng lao động hoặc tài sản khác do người sử dụng lao động giao hoặc tiêu hao vật tư quá định mức cho phép thì phải bồi thường thiệt hại một phần hoặc toàn bộ theo thời giá thị trường; trường hợp có hợp đồng trách nhiệm thì phải bồi thường theo hợp đồng trách nhiệm; trường hợp do thiên tai, hỏa hoạn, địch họa, dịch bệnh, thảm họa, sự kiện xảy ra khách quan không thể lường trước được và không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép thì không phải bồi thường.

b) Nguyên tắc và trình tự, thủ tục xử lý bồi thường thiệt hại[1]:

Việc xem xét, quyết định mức bồi thường thiệt hại của người sử dụng lao động phải căn cứ vào lỗi, mức độ thiệt hại thực tế và hoàn cảnh thực tế gia đình, nhân thân và tài sản của người lao động.

Trình tự, thủ tục và thời hiệu xử lý việc bồi thường thiệt hại sẽ được thực hiện tương tự như các quy định về xử lý kỷ luật lao động nêu ở phần trên.

Lưu ý thêm rằng, trong trường hợp người sử dụng lao động muốn yêu cầu người lao động đã nghỉ việc phải bồi thường thiệt hại do hành vi gây thiệt hại, làm mất mát, hư hỏng tài sản của người sử dụng lao động trong quá trình còn làm việc cho doanh nghiệp mà người sử dụng lao động theo đó không thể tổ chức quy trình, thủ tục xử lý bồi thường thiệt hại theo quy định tại Bộ luật lao động năm 2012 thì người sử dụng lao động có thể vận dụng các quy định tương ứng của Bộ luật dân sự về bồi thường trách nhiệm vật chất để yêu cầu người lao động bồi thường thiệt hại.

1. Điều 131 Bộ luật lao động năm 2012.

Các vấn đề cần lưu ý:

- Luật sư cần nắm rõ nguyên tắc, trình tự và thủ tục xử lý kỷ luật lao động cũng như hiểu rõ tính chất đặc thù trong cách thức tổ chức hoạt động, ngành nghề kinh doanh của từng khách hàng để giúp khách hàng xây dựng bản nội quy lao động sao cho hiệu quả và không trái với quy định của pháp luật lao động. Trên thực tế, các vấn đề kỷ luật lao động trong một doanh nghiệp có thể thay đổi theo thời gian và đòi hỏi người sử dụng lao động phải sửa đổi, bổ sung nội quy lao động cho phù hợp với tình hình thực tế trong đơn vị mình. Sau khi đã xây dựng và ban hành nội quy lao động, kể cả sửa đổi bổ sung nội quy lao động, Luật sư cần thiết phải hỗ trợ hoặc lưu ý khách hàng về việc đăng ký nội quy lao động tại cơ quan quản lý về lao động cấp tỉnh, bởi lẽ, nếu nội quy lao động và/hoặc bản sửa đổi, bổ sung của nội quy lao động chưa kịp đăng ký theo thủ tục luật định thì nội quy lao động và/hoặc bản sửa đổi, bổ sung của nội quy lao động đó vẫn chưa có hiệu lực đầy đủ. Hệ quả là, mặc dù hành vi vi phạm của người lao động phù hợp với nội quy lao động và/hoặc bản sửa đổi, bổ sung của nội quy lao động, nhưng người sử dụng lao động vẫn không thể xử lý kỷ luật lao động đối với người lao động được.

- Các nguyên tắc và quy trình xử lý kỷ luật đối với người lao động khi người lao động có hành vi được xem là vi phạm kỷ luật lao động trong nội quy lao động cũng rất quan trọng. Về phía người sử dụng lao động, việc không tuân thủ một trong các nguyên tắc hay một trong các bước của quy trình xử lý kỷ luật lao động cũng sẽ có thể được xem là xử lý kỷ luật lao động trái pháp luật. Do đó, nếu Luật sư tham gia vụ việc về xử lý kỷ luật lao động trong vai trò bảo vệ cho người sử dụng lao động thì cần cẩn trọng xem xét liệu người sử dụng lao động đã có nội quy lao động được đăng ký hợp lệ theo thủ tục luật định và có hiệu lực đầy đủ hay chưa, hướng dẫn người sử dụng lao động xem xét và thu thập đầy đủ các chứng cứ chứng minh hành vi vi phạm kỷ luật lao động của người lao động cũng như tuân thủ tất cả các bước của quy trình xử lý kỷ luật lao động. Ngược lại, nếu khách hàng của

Luật sư là người lao động thì bên cạnh việc tư vấn cho người lao động sử dụng các quyền mà người lao động được pháp luật trao cho trong quá trình xử lý kỷ luật lao động (chẳng hạn như quyền được yêu cầu người sử dụng lao động chứng minh lỗi của người lao động, quyền được tham gia cuộc họp xử lý kỷ luật lao động). Luật sư phải đặc biệt lưu ý đến việc thực hiện trình tự, thủ tục xử lý kỷ luật lao động và căn cứ mà người sử dụng lao động áp dụng để xác định người sử dụng lao động đã thực hiện đúng với quy định pháp luật hay chưa, và dựa vào đó để bảo vệ quyền lợi cho người lao động trước cáo buộc của người sử dụng lao động về hành vi vi phạm kỷ luật lao động của người lao động.

- Tương tự như các nguyên tắc và quy trình xử lý kỷ luật lao động, Luật sư cũng cần cẩn trọng trong việc tư vấn cho khách hàng là người sử dụng lao động tuân thủ đầy đủ và chặt chẽ các quy định về chứng minh căn cứ yêu cầu người lao động bồi thường thiệt hại, nguyên tắc và quy trình xử lý bồi thường thiệt hại theo đúng quy định pháp luật hiện hành hoặc tư vấn cho người lao động việc sử dụng các quyền mà pháp luật trao cho cũng như rà soát, kiểm tra tính tuân thủ về thời hiệu, trình tự, thủ tục xử lý bồi thường thiệt hại của người sử dụng lao động đối với người lao động.

IV. THỜI GIỜ LÀM VIỆC, THỜI GIỜ NGHỈ NGƠI

Việc quy định thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi phù hợp sẽ tạo điều kiện cho người lao động tái tạo sức lao động, qua đó hoàn thành tốt các công việc mà người sử dụng lao động yêu cầu. Việc này còn giúp cho người sử dụng lao động xây dựng kế hoạch tổ chức sản xuất, kinh doanh hợp lý, sử dụng tiết kiệm các nguồn tài nguyên trong doanh nghiệp nhằm hoàn thiện tốt nhất các mục tiêu đã đề ra.

1. Thời giờ làm việc

Người sử dụng lao động có quyền quy định thời giờ làm việc bình thường theo ngày hoặc tuần miễn rằng thời giờ làm việc bình thường

theo ngày không được quá tám giờ một ngày và bốn mươi tám giờ một tuần; thời giờ làm việc theo tuần không được quá mười giờ một ngày và bốn mươi tám giờ một tuần. Riêng với các công việc đặc biệt nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm, thì thời giờ làm việc của người lao động sẽ không được quá sáu giờ một ngày[1]. Người sử dụng lao động có thể áp dụng chế độ làm việc vào ban đêm theo nhu cầu sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp, giờ làm việc ban đêm được tính từ hai mươi hai giờ đến sáu giờ sáng ngày hôm sau và người sử dụng lao động sẽ phải trả tiền lương làm việc vào ban đêm cho người lao động theo nội dung nêu tại Mục V.3 Chương 7.

Đối với nhóm người lao động đặc thù, bao gồm lao động nữ, người lao động chưa thành niên, người lao động cao tuổi, người sử dụng lao động phải tuân thủ triệt để thời giờ làm việc áp dụng riêng biệt cho các đối tượng này nhằm bảo đảm điều kiện sức khỏe tốt nhất để họ thực hiện công việc theo hợp đồng lao động. Cụ thể:

a) Người lao động nữ[2]:

- Người sử dụng lao động sẽ không được sử dụng lao động nữ làm việc ban đêm, làm thêm giờ và đi công tác xa trong trường hợp: Lao động nữ mang thai từ tháng thứ bảy hoặc từ tháng thứ sáu nếu làm việc ở vùng cao, vùng sâu, vùng xa, biên giới, hải đảo hoặc lao động nữ đang nuôi con dưới mười hai tháng tuổi.

- Lao động nữ làm công việc nặng nhọc khi mang thai từ tháng thứ bảy, được chuyển làm công việc nhẹ hơn hoặc được giảm bớt một giờ làm việc hàng ngày mà vẫn hưởng đủ lương.

- Lao động nữ trong thời gian hành kinh được nghỉ ba mươi phút một ngày và tối thiểu là ba ngày trong một tháng; trong thời gian nuôi con dưới mười hai tháng tuổi được nghỉ sáu mươi phút một ngày trong thời gian làm việc và vẫn hưởng đủ lương. Thời gian nghỉ cụ thể sẽ do người lao động thỏa thuận với người sử dụng lao động phù hợp với điều kiện thực tế tại nơi làm việc và nhu cầu của người lao động.

---

1. Điều 104 Bộ luật lao động năm 2012.
2. Khoản 1, 2 và 5 Điều 155 Bộ luật lao động năm 2012.

b) Người lao động chưa thành niên[1]*:*

- Người lao động chưa thành niên từ đủ mười lăm tuổi đến dưới mười tám tuổi: Thời giờ làm việc không được quá tám giờ một ngày và bốn mươi giờ một tuần, được làm thêm giờ, làm việc vào ban đêm trong một số nghề và công việc theo quy định của Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội.

- Người lao động dưới mười lăm tuổi: Thời giờ làm việc không được quá bốn giờ một ngày và hai mươi giờ một tuần và không phải làm thêm giờ, làm việc vào ban đêm.

c) Người lao động cao tuổi[2]:

- Người lao động cao tuổi được rút ngắn thời giờ làm việc hàng ngày hoặc được áp dụng chế độ làm việc không trọn thời gian. Năm cuối cùng trước khi nghỉ hưu, người lao động cao tuổi sẽ được rút ngắn thời giờ làm việc mỗi ngày ít nhất một giờ hoặc được áp dụng chế độ làm việc không trọn thời gian.

- Ngoài thời giờ làm việc nêu trên, người sử dụng lao động có quyền huy động người lao động làm thêm giờ nếu đáp ứng đủ hai điều kiện[3]: Được người lao động đồng ý và bảo đảm số giờ làm thêm của người lao động không được vượt quá khung giờ như sau:

+ Năm mươi phần trăm số giờ làm việc bình thường trong một ngày; nếu áp dụng quy định làm việc theo tuần thì tổng số giờ làm việc bình thường và số giờ làm thêm không quá mười hai giờ một ngày;

+ Không quá mười hai giờ một ngày khi làm thêm vào ngày nghỉ lễ, tết và ngày nghỉ hằng tuần;

---

1. Khoản 2 và 3 Điều 163 Bộ luật lao động năm 2012.

2. Khoản 2 và 3 Điều 166 Bộ luật lao động năm 2012.

3. Điều 106 và Điều 107 Bộ luật lao động năm 2012 và Điều 4 Nghị định số 45/2013/NĐ-CP ngày 10 tháng 5 năm 2013 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Bộ luật lao động 2012 về thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi và an toàn lao động, vệ sinh lao động được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 39/2016/NĐ-CP và Nghị định số 44/2016/NĐ-CP ngày 15 tháng 5 năm 2016 (sau đây gọi tắt là Nghị định số 45/2013/NĐ-CP)

+ Không quá ba mươi giờ một tháng và tổng số không quá hai trăm giờ một năm, trừ một số trường hợp đặc biệt thì được làm thêm giờ từ hai trăm giờ đến ba trăm giờ một năm như sản xuất, gia công xuất khẩu sản phẩm là hàng dệt, may, da, giày, chế biến nông, lâm, thủy sản; sản xuất, cung cấp điện, viễn thông, lọc dầu; cấp, thoát nước hoặc các trường hợp khác phải giải quyết công việc cấp bách, không thể trì hoãn (với điều kiện là người sử dụng lao động phải thông báo bằng văn bản cho cơ quan chuyên môn quản lý nhà nước về lao động tại địa phương cấp tỉnh biết).

Sau mỗi đợt làm thêm tối đa bảy ngày liên tục trong tháng, người sử dụng lao động bố trí ngày nghỉ để người lao động nghỉ bù số thời gian đã không được nghỉ. Nếu người sử dụng lao động không thể bố trí nghỉ bù đủ số thời gian thì phải trả lương làm thêm giờ như phân tích tại Mục V.3 Chương 7.

Tuy nhiên, người sử dụng lao động có quyền yêu cầu người lao động làm thêm bất cứ lúc nào và người lao động sẽ không được từ chối làm thêm giờ nếu yêu cầu của người sử dụng lao động xuất phát từ việc thực hiện lệnh động viên, huy động bảo đảm nhiệm vụ quốc phòng, an ninh trong tình trạng khẩn cấp về quốc phòng, an ninh theo quy định của pháp luật hoặc thực hiện các công việc bảo vệ tính mạng con người, tài sản của cơ quan, tổ chức, cá nhân trong phòng ngừa và khắc phục hậu quả thiên tai, hỏa hoạn, dịch bệnh và thảm họa[1].

2. Thời giờ nghỉ ngơi

Khi người lao động phải làm việc liên tục tám giờ (trong điều kiện bình thường) hoặc sáu giờ (trong trường hợp được rút ngắn đối với các công việc đặc biệt nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm như đã nêu) thì người lao động có quyền nghỉ giữa giờ ít nhất ba mươi phút nếu làm việc vào ban ngày hoặc ít nhất bốn mươi lăm phút nếu làm việc vào ban đêm tính vào thời giờ làm việc để bảo đảm sức khỏe cho người lao động. Thời điểm nghỉ cụ thể do người sử dụng lao động quyết định. Ngoài thời gian nghỉ

1. Điều 107 Bộ luật lao động năm 2012.

giữa giờ nêu trên, người sử dụng lao động có quyền quy định thêm thời điểm các đợt nghỉ ngắn nhưng phải ghi vào nội quy lao động. Đối với người lao động làm việc theo ca thì người lao động phải được nghỉ ít nhất mười hai giờ trước khi chuyển sang ca làm việc khác[1].

Bên cạnh các đợt nghỉ ngắn, người lao động còn được nghỉ các ngày nghỉ dài theo quy định sau:

a) Nghỉ hằng tuần:

Mỗi tuần người lao động được nghỉ ít nhất hai mươi bốn giờ liên tục hoặc bình quân bốn ngày một tháng nếu trong trường hợp đặc biệt do chu kỳ lao động không thể nghỉ hằng tuần. Người sử dụng lao động được quyền quyết định sắp xếp ngày nghỉ hằng tuần vào ngày chủ nhật hoặc một ngày cố định khác trong tuần và quy định vào nội quy lao động[2].

b) Nghỉ hằng năm:

Nếu người lao động có đủ mười hai tháng làm việc cho người sử dụng lao động thì người lao động sẽ được nghỉ hằng năm hưởng nguyên lương theo hợp đồng lao động tùy thuộc vào tính chất công việc và thời gian người lao động đã làm việc cho người sử dụng lao động. Số ngày nghỉ hằng năm của người lao động được áp dụng như sau: Mười hai ngày làm việc đối với người lao động làm công việc trong điều kiện bình thường; mười bốn ngày làm việc đối với người lao động làm công việc nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm hoặc ở những nơi có điều kiện sinh sống khắc nghiệt hoặc lao động chưa thành niên hoặc lao động là người khuyết tật; và mười sáu ngày làm việc đối với người lao động làm công việc đặc biệt nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm hoặc ở những nơi có điều kiện sinh sống đặc biệt khắc nghiệt. Số ngày nghỉ hằng năm nêu trên của mỗi người lao động sẽ được tăng thêm tương ứng một ngày cho mỗi 5 năm làm việc cho người sử dụng lao động. Trường hợp người lao động chưa đủ mười hai tháng làm việc cho người sử dụng lao động

1. Điều 108 và Điều 109 Bộ luật lao động năm 2012.
2. Điều 110 Bộ luật lao động năm 2012.

thì số ngày nghỉ hằng năm sẽ được tính theo tỷ lệ tương ứng với số thời gian làm việc của người lao động trong năm đó[1].

Ngoài thời gian mà người lao động đã làm việc thực tế cho người sử dụng lao động để tính số ngày nghỉ hằng năm, người sử dụng lao động cần lưu ý thêm những trường hợp sau đây sẽ được tính vào thời gian người lao động đã làm việc cho người sử dụng lao động: Thời gian thử việc; Thời gian học nghề, tập nghề để làm việc cho người sử dụng lao động theo cam kết trong hợp đồng học nghề, tập nghề; Thời gian được người sử dụng lao động cử đi học; Thời gian nghỉ hưởng chế độ theo quy định của Luật bảo hiểm xã hội; Thời gian nghỉ hằng tuần, thời gian nghỉ việc riêng có hưởng lương theo quy định pháp luật; Thời gian nghỉ để hoạt động Công đoàn theo quy định của pháp luật về Công đoàn; Thời gian phải ngừng việc, nghỉ việc không do lỗi của người lao động; Thời gian người lao động nghỉ vì bị người sử dụng lao động tạm đình chỉ công việc; Thời gian người lao động bị tạm giữ, tạm giam nhưng được trở lại làm việc do được cơ quan nhà nước có thẩm quyền kết luận không phạm tội[2].

Người sử dụng lao động có quyền quy định lịch nghỉ hằng năm sau khi tham khảo ý kiến của người lao động và báo trước cho người lao động. Người lao động có thể thỏa thuận với người sử dụng lao động để nghỉ hằng năm thành nhiều lần hoặc nghỉ gộp tối đa ba năm một lần[3].

c) Các ngày nghỉ khác[4]:

Người lao động được nghỉ làm việc, hưởng nguyên lương vào những ngày lễ, tết tổng cộng là mười ngày. Đối với người lao động là người nước ngoài làm việc tại Việt Nam thì ngoài các ngày nghỉ lễ nêu trên, người lao động nước ngoài còn được nghỉ thêm một ngày tết cổ truyền dân tộc và một ngày quốc khánh của nước họ. Nếu các ngày nghỉ này trùng với ngày nghỉ hằng tuần thì người lao động sẽ được nghỉ bù vào ngày kế tiếp.

---

1. Khoản 1 Điều 111, Điều 112 và khoản 2 Điều 114 Bộ luật lao động năm 2012.
2. Điều 6 Nghị định số 45/2013/NĐ-CP.
3. Khoản 2 và 3 Điều 111 Bộ luật lao động năm 2012.
4. Mục 3 Chương VII Bộ luật lao động năm 2012.

Thêm vào đó, người lao động còn được nghỉ việc riêng mà vẫn hưởng nguyên lương khi có các sự kiện sau đây: Người lao động kết hôn (nghỉ ba ngày), con kết hôn (nghỉ một ngày), bố đẻ, mẹ đẻ, bố vợ, mẹ vợ hoặc bố chồng, mẹ chồng chết, vợ chết hoặc chồng chết, con chết (nghỉ ba ngày).

Ngoài ra, người lao động còn có thể thỏa thuận với người sử dụng lao động để nghỉ không hưởng lương. Riêng trường hợp ông nội, bà nội, ông ngoại, bà ngoại, anh, chị, em ruột của người lao động chết; bố hoặc mẹ của người lao động kết hôn, anh, chị, em ruột của người lao động kết hôn thì người lao động không phải thỏa thuận với người sử dụng lao động nhưng vẫn được nghỉ một ngày không hưởng lương và chỉ phải thông báo với người sử dụng lao động.

Các vấn đề cần lưu ý:

- Thời giờ làm việc áp dụng đối với người lao động sẽ khác nhau phụ thuộc vào độ tuổi, giới tính, tính chất công việc, nơi làm việc, tình trạng sức khỏe của người lao động. Người sử dụng lao động phải lưu ý để bảo đảm thời giờ làm việc phù hợp cho người lao động. Bên cạnh đó, người sử dụng lao động cũng phải tuân thủ các điều kiện về làm thêm giờ theo quy định trước khi yêu cầu người lao động làm thêm giờ. Luật sư cần tư vấn cho người sử dụng lao động biết những giới hạn về số giờ làm thêm của người lao động và chế độ sắp xếp nghỉ bù cho người lao động nếu người lao động phải làm thêm tối đa bảy ngày liên tục trong tháng.

- Thời giờ nghỉ ngơi cũng là một trong những chế độ mà người lao động quan tâm. Bên cạnh các đợt nghỉ ngắn (nghỉ trong giờ làm việc/nghỉ chuyển ca), người lao động sẽ có các đợt nghỉ dài ngày, bao gồm nghỉ hằng tuần, nghỉ hằng năm, nghỉ việc riêng có hưởng lương và nghỉ việc riêng không hưởng lương. Do vậy, Luật sư sẽ phải tư vấn cho khách hàng biết các chế độ của thời giờ nghỉ ngơi và những điều kiện mà pháp luật yêu cầu người lao động có thể phải đáp ứng để được hưởng chế độ nghỉ ngơi này.

V. TIỀN LƯƠNG

1. Tiền lương

Theo quy định của pháp luật lao động, người sử dụng lao động sẽ trả tiền lương cho người lao động để thực hiện công việc theo thỏa thuận căn cứ vào năng suất lao động và chất lượng công việc mà người lao động sẽ đảm nhận. Lương của người lao động không được thấp hơn các mức lương tối thiểu vùng do Chính phủ quy định tại từng thời điểm và tại địa bàn nơi làm việc của người lao động.

Tiền lương mà người sử dụng lao động trả cho người lao động sẽ gồm ba khoản riêng biệt là mức lương, phụ cấp lương và các khoản bổ sung khác, cụ thể như sau:

a) Mức lương theo công việc hoặc chức danh:

Mức lương theo công việc hoặc chức danh là mức lương tính theo thời gian của công việc hoặc chức danh theo thang lương, bảng lương mà người sử dụng lao động đã xây dựng. Mức lương này không được thấp hơn mức lương tối thiểu vùng theo quy định của pháp luật tại từng thời điểm[1].

b) Phụ cấp lương:

Ngoài mức lương, người sử dụng lao động và người lao động có thể thỏa thuận về việc trả thêm phụ cấp lương chưa được tính đến hoặc tính chưa đầy đủ trong mức lương theo công việc hoặc chức danh. Có hai loại phụ cấp lương được quy định hiện nay gồm: Các khoản phụ cấp lương gắn với quá trình làm việc và kết quả thực hiện công việc của người lao động và các khoản phụ cấp lương để bù đắp cho các yếu tố về điều kiện lao động, tính chất phức tạp công việc, điều kiện sinh hoạt, mức độ thu hút lao động mà mức lương thỏa thuận trong hợp đồng lao động chưa được tính đến hoặc tính chưa đầy đủ như: Phụ cấp chức vụ, chức danh, phụ cấp trách nhiệm, phụ cấp nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm, phụ cấp thâm niên, phụ cấp

---

1. Điểm a khoản 1 Điều 21 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP.

khu vực, phụ cấp lưu động, phụ cấp thu hút và các phụ cấp có tính chất tương tự[1].

c) Các khoản bổ sung khác[2]:

Pháp luật hiện hành cũng phân chia các khoản bổ sung khác thành hai loại là: Các khoản được xác định bằng mức tiền cụ thể cùng với mức lương thỏa thuận trong hợp đồng lao động, trả thường xuyên trong mỗi kỳ trả lương và các khoản không xác định được bằng mức tiền cụ thể cùng với mức lương thỏa thuận trong hợp đồng lao động, được trả thường xuyên hoặc không thường xuyên trong mỗi kỳ trả lương gắn với quá trình làm việc, kết quả thực hiện công việc của người lao động.

Lưu ý rằng, đối với tiền thưởng theo quy định tại Điều 103 Bộ luật lao động năm 2012, tiền thưởng sáng kiến, tiền ăn giữa ca, các khoản hỗ trợ xăng xe, điện thoại, đi lại, tiền nhà ở, tiền giữ trẻ, nuôi con nhỏ, hỗ trợ khi người lao động có thân nhân bị chết, người lao động có người thân kết hôn, sinh nhật của người lao động, trợ cấp cho người lao động gặp hoàn cảnh khó khăn khi bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp và các khoản hỗ trợ, trợ cấp khác, các bên sẽ phải thỏa thuận và ghi nhận thành một mục riêng trong hợp đồng lao động, mà không đưa vào mức lương, phụ cấp lương hay là các khoản bổ sung khác.

2. Hình thức trả lương, kỳ hạn trả lương

Theo quy định, tiền lương ghi trong hợp đồng lao động và tiền lương trả cho người lao động phải bằng Đồng Việt Nam, trừ trường hợp trả lương, phụ cấp lương cho người không cư trú và người cư trú là người nước ngoài theo quy định của pháp luật về ngoại hối[3].

---

1. Khoản 2 Điều 4 Thông tư số 47/2015/TT-BLĐTBXH; khoản 1 Điều 30 Thông tư số 59/2015/TT-BLĐTBXH ngày 29 tháng 12 năm 2015 của Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật bảo hiểm xã hội năm 2014 về bảo hiểm xã hội bắt buộc (sau đây gọi tắt là Thông tư số 59/2015/TT-BLĐTBXH).

2. Khoản 3 Điều 4 Thông tư số 47/2015/TT-BLĐTBXH.

3. Khoản 3 Điều 21 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP.

Người sử dụng lao động có thể thỏa thuận với người lao động để trả lương bằng tiền mặt hoặc trả qua tài khoản cá nhân của người lao động được mở tại ngân hàng. Căn cứ vào tính chất công việc và điều kiện sản xuất, kinh doanh của từng doanh nghiệp, người sử dụng lao động có quyền lựa chọn một trong ba hình thức là trả lương theo thời gian (tháng/tuần/ngày/giờ), hoặc trả lương theo sản phẩm hoặc trả lương khoán. Trong đó, kỳ hạn trả lương được thực hiện theo nguyên tắc sau[1]:

- Người lao động hưởng lương giờ, ngày, tuần thì được trả lương sau giờ, ngày, tuần làm việc hoặc được trả gộp theo thỏa thuận, nhưng ít nhất 15 ngày phải được trả gộp một lần;

- Người lao động hưởng lương tháng được trả lương một tháng một lần hoặc nửa tháng một lần và được trả vào thời điểm trả lương. Các bên phải thỏa thuận về thời điểm trả lương và ấn định vào một thời điểm cố định trong tháng;

- Người lao động hưởng lương theo sản phẩm, lương khoán được trả lương theo thỏa thuận của hai bên; nếu công việc phải làm trong nhiều tháng thì hằng tháng được tạm ứng tiền lương theo khối lượng công việc đã làm trong tháng.

Trường hợp đặc biệt do thiên tai, hỏa hoạn hoặc lý do bất khả kháng khác mà người sử dụng lao động đã tìm mọi biện pháp khắc phục, nhưng không thể trả lương đúng thời hạn theo thỏa thuận thì được trả chậm tối đa mười lăm ngày và khi đó sẽ không phải trả thêm tiền lãi. Tuy nhiên, nếu người sử dụng lao động trả lương chậm từ mười lăm ngày trở lên thì trả thêm một khoản tiền cho người lao động ít nhất bằng số tiền trả chậm nhân với lãi suất trần huy động tiền gửi có kỳ hạn một tháng do Ngân hàng Nhà nước công bố tại thời điểm trả lương. Khi Ngân hàng Nhà nước không quy định trần lãi suất thì số tiền trả thêm được tính theo lãi suất huy động tiền gửi có kỳ hạn một tháng của ngân hàng thương mại nơi doanh nghiệp mở tài khoản giao dịch thông báo tại thời điểm trả lương[2].

1. Điều 95 Bộ luật lao động năm 2012.
2. Khoản 2 Điều 24 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP.

3. Tiền lương làm thêm giờ, làm việc vào ban đêm

Trên nguyên tắc có đi có lại, khi người lao động đáp ứng nhu cầu làm thêm giờ theo yêu cầu của người sử dụng lao động, người sử dụng lao động phải trả tiền làm thêm giờ cho người lao động theo từng trường hợp cụ thể dưới đây:

- Người lao động làm việc vào ban đêm thì được trả thêm ít nhất bằng ba mươi phần trăm tiền lương tính theo đơn giá tiền lương hoặc tiền lương thực trả theo công việc của ngày làm việc bình thường;

- Người lao động làm thêm giờ được trả tiền lương làm thêm giờ tính theo đơn giá tiền lương hoặc tiền lương thực trả theo công việc đang làm như sau: Vào ngày thường, ít nhất bằng một trăm năm mươi phần trăm; Vào ngày nghỉ hàng tuần, ít nhất bằng hai trăm phần trăm; Vào ngày nghỉ lễ, tết, ngày nghỉ có hưởng lương, ít nhất bằng ba trăm phần trăm, chưa kể tiền lương ngày lễ, tết, ngày nghỉ có hưởng lương đối với người lao động hưởng lương theo ngày;

- Người lao động làm thêm giờ vào ban đêm thì ngoài việc được trả tiền lương làm việc vào ban đêm và tiền lương làm thêm giờ như trên, người lao động còn được trả thêm hai mươi phần trăm tiền lương tính theo đơn giá tiền lương hoặc tiền lương thực trả theo công việc làm vào ban ngày của ngày làm việc bình thường hoặc của ngày nghỉ hàng tuần hoặc của ngày lễ, tết.

4. Tiền lương ngừng việc[1]

Trong quá trình làm việc có thể xảy ra một số sự kiện khiến cho người lao động phải bị ngừng việc. Pháp luật cũng đã dự liệu các tình huống mà người lao động phải ngừng việc để xem xét nghĩa vụ trả lương cho người lao động của người sử dụng lao động dựa vào yếu tố khách quan và lỗi của các bên dẫn đến việc ngừng việc.

Theo đó, nếu người lao động bị ngừng việc vì sự cố về điện, nước mà không do lỗi của người sử dụng lao động, người lao động hoặc vì các nguyên nhân khách quan khác như thiên tai, hỏa hoạn, dịch bệnh

1. Điều 98 Bộ luật lao động năm 2012.

nguy hiểm, địch họa, di dời địa điểm hoạt động theo yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc vì lý do kinh tế, thì người lao động được trả lương theo mức do hai bên thỏa thuận nhưng không được thấp hơn mức lương tối thiểu vùng do Chính phủ quy định tại từng thời điểm và tại địa phương nơi làm việc của người lao động.

Nếu người lao động bị ngừng việc do lỗi của người sử dụng lao động, người lao động vẫn được trả đủ tiền lương. Tiền lương làm căn cứ để trả cho người lao động trong thời gian ngừng việc là tiền lương ghi trong hợp đồng lao động khi người lao động phải ngừng việc và được tính tương ứng với các hình thức trả lương theo thời gian như đã nói trên đây. Trường hợp người lao động bị ngừng việc do lỗi của người lao động, thì người lao động đó sẽ không được trả lương, nhưng những người lao động còn lại bị ảnh hưởng sẽ được trả lương theo mức lương thỏa thuận và không được thấp hơn mức lương tối thiểu vùng do Chính phủ quy định tại từng thời điểm và tại địa phương nơi làm việc của người lao động.

5. Tiền lương trả cho những ngày nghỉ hằng năm nhưng chưa nghỉ

Như một cách để bồi dưỡng, giúp người lao động tái tạo sức lao động, người lao động sẽ có quyền và nghĩa vụ nghỉ hết số ngày nghỉ hàng năm theo quy định. Tuy nhiên, nếu vì lý do người lao động thôi việc, bị mất việc hoặc các lý do khác mà chưa nghỉ hàng năm được hoặc chưa nghỉ hết số ngày nghỉ hàng năm thì số ngày nghỉ này sẽ được quy đổi ra tiền lương để trả cho người lao động. Việc tính lương này phải tuân theo cách tính do pháp luật quy định.

6. Tạm ứng tiền lương

Việc tạm ứng tiền lương cho người lao động sẽ tùy theo các điều kiện do hai bên thỏa thuận, trừ trường hợp dưới đây, người sử dụng lao động phải chấp thuận yêu cầu tạm ứng tiền lương[1]:

- Khi người lao động tạm thời nghỉ việc để thực hiện nghĩa vụ

1. Điều 100 Bộ luật lao động năm 2012.

công dân từ một tuần trở lên, người sử dụng lao động phải tạm ứng tiền lương tương ứng với số ngày người lao động tạm thời nghỉ việc nhưng tối đa không quá một tháng lương và phải hoàn lại số tiền đã tạm ứng, trừ trường hợp người lao động thực hiện nghĩa vụ quân sự;

- Khi nghỉ hằng năm, người lao động được tạm ứng trước một khoản tiền ít nhất bằng tiền lương của những ngày nghỉ;

- Khi người sử dụng lao động tạm đình chỉ công việc của người lao động trong quá trình xử lý kỷ luật lao động theo quy định của pháp luật, người lao động được tạm ứng năm mươi phần trăm tiền lương. Lưu ý, nếu người lao động bị xử lý kỷ luật lao động, người lao động không phải trả lại số tiền lương đã tạm ứng, còn nếu người lao động không bị xử lý kỷ luật lao động, thì người sử dụng lao động phải trả đủ tiền lương trong thời gian bị tạm đình chỉ công việc.

7. Khấu trừ tiền lương

Nếu người lao động làm hư hỏng dụng cụ, thiết bị của người sử dụng lao động hoặc có hành vi khác gây thiệt hại cho tài sản của người sử dụng lao động, về nguyên tắc, người lao động phải bồi thường cho người sử dụng lao động. Để thực hiện việc bồi thường thiệt hại một cách nhanh chóng, hiệu quả, pháp luật lao động cho phép người sử dụng lao động được khấu trừ giá trị thiệt hại phải bồi thường vào tiền lương hằng tháng của người lao động. Tiền lương làm căn cứ để khấu trừ là tiền lương thực tế người lao động nhận được hằng tháng sau khi trích nộp các khoản bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp và bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp bắt buộc và nộp thuế thu nhập cá nhân (nếu có) theo quy định.

Lưu ý, nếu thiệt hại gây ra không nghiêm trọng (giá trị thiệt hại không vượt quá mười tháng lương tối thiểu vùng áp dụng tại địa phương nơi người lao động làm việc) và do sơ suất của người lao động, mức bồi thường nhiều nhất là ba tháng tiền lương.

Mức khấu trừ hằng tháng nêu trên không được quá ba mươi phần trăm tiền lương hằng tháng của người lao động sau khi trích nộp các khoản bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp và bảo hiểm

tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp bắt buộc, thuế thu nhập cá nhân và người lao động phải được biết lý do khấu trừ tiền lương của mình[1].

Các vấn đề cần lưu ý:

- Tiền lương theo quy định của pháp luật lao động hiện hành bao gồm ba khoản riêng biệt là mức lương theo công việc hoặc chức danh, phụ cấp lương và các khoản bổ sung khác. Tiền lương sẽ là căn cứ để người sử dụng lao động và người lao động đóng bảo hiểm xã hội, bảo hiểm thất nghiệp, bảo hiểm y tế và bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp theo quy định của pháp luật. Vì vậy, người sử dụng lao động và người lao động cần lưu ý các khoản chi trả cho người lao động trong quá trình làm việc để xác định tiền lương làm căn cứ đóng bảo hiểm xã hội, bảo hiểm thất nghiệp, bảo hiểm y tế và bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp cho người lao động phù hợp với quy định của pháp luật.

- Quyền nhận tiền lương cho thời gian làm thêm, làm việc vào ban đêm của người lao động là nguyên tắc có đi có lại trên cơ sở đáp ứng yêu cầu kinh doanh của người sử dụng lao động. Người sử dụng lao động phải lưu ý tuân thủ các quy định về việc chi trả tiền lương làm thêm giờ, làm việc vào ban đêm cho người lao động để tránh xảy ra các tranh chấp với người lao động.

- Pháp luật lao động quy định các trường hợp đặc biệt mà người sử dụng lao động phải trả tiền lương cho người lao động như tiền lương ngừng việc, tiền lương trả cho những ngày người lao động chưa nghỉ hoặc chưa nghỉ hết số ngày nghỉ hằng năm, tạm ứng tiền lương. Mặt khác, người sử dụng lao động cũng có quyền khấu trừ tiền lương của người lao động nếu người lao động làm hư hỏng dụng cụ, thiết bị của người sử dụng lao động hoặc có hành vi gây thiệt hại cho tài sản của người sử dụng lao động. Các nội dung này được quy định khá chi tiết nhưng đôi khi người sử dụng lao động không biết hoặc không để ý dẫn đến không tuân thủ chặt chẽ. Luật sư cần lưu ý các quy định này để tư vấn cho khách hàng.

---

1. Điều 101 Bộ luật lao động năm 2012.

VI. TRANH CHẤP LAO ĐỘNG

Tranh chấp về lao động là một vấn đề vô cùng "đau đầu" đối với người sử dụng lao động. Khi tranh chấp về lao động xảy ra, nếu xử lý không "khéo" và hợp pháp thì hậu quả không chỉ dừng ở mức độ tổn thất về vật chất là một khoản tiền phải đền bù cho người lao động và khoản tiền phạt nộp cho cơ quan nhà nước mà còn làm xấu đi hình ảnh của doanh nghiệp với người lao động đang làm việc, nguy hiểm hơn là làm suy giảm uy tín của doanh nghiệp trong thị trường việc làm, với cộng đồng doanh nghiệp trong và ngoài nước. Về phía người lao động, khi bản thân gặp phải tranh chấp lao động, họ có thể bỏ lơ kiểu "dĩ hòa vi quý" với tâm lý "vô phúc đáo tụng đình", nên cho qua dù quyền và lợi ích của mình bị xâm hại. Một số người lao động khác khi gặp phải tranh chấp lao động sẽ có hành vi hoặc thái độ khá gây hấn, thù địch nên không quan tâm nhiều đến vấn đề pháp lý để tìm hiểu điểm đúng - sai, mạnh - yếu của mình và của người sử dụng lao động mà bị cảm xúc, định kiến cá nhân chi phối, chỉ khăng khăng đòi hỏi quyền lợi cho mình. Do đó, nếu tham gia với tư cách Luật sư của một vụ tranh chấp lao động, Luật sư cần tư vấn cho khách hàng hiểu về quyền và nghĩa vụ tương ứng với vị trí của người lao động hoặc người sử dụng lao động, đồng thời hỗ trợ các thủ tục pháp lý để có thể ngăn ngừa hậu quả đáng tiếc xảy ra hoặc cố gắng hết sức để giảm thiểu rủi ro cho khách hàng.

Trước tiên, khi khách hàng tìm đến Luật sư, có thể tranh chấp mà khách hàng đang gặp phải là tranh chấp ngoài lao động. Do đó, Luật sư trước hết cần xác định rõ tranh chấp của khách hàng có phải là tranh chấp về lao động hay không và nếu đúng là tranh chấp lao động thì thuộc loại tranh chấp lao động cá nhân hay tranh chấp lao động tập thể, nếu là tranh chấp lao động tập thể thì là tranh chấp về quyền hay tranh chấp về lợi ích[1], sau đó mới tiến hành việc tư vấn cụ thể.

---

1. Khoản 7, 8 và 9 Điều 3 Bộ luật lao động năm 2012.

1. Tranh chấp lao động cá nhân

Vấn đề cần lưu ý trước nhất là thời hiệu yêu cầu giải quyết tranh chấp lao động cá nhân. Theo quy định, thời hiệu này sẽ được tính kể từ ngày mà người lao động hoặc người sử dụng lao động phát hiện ra hành vi mà họ cho là nguyên nhân khiến quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm. Theo quy định hiện nay, thời hiệu cụ thể là sáu tháng nếu yêu cầu hòa giải viên lao động hòa giải hoặc một năm nếu yêu cầu Tòa án giải quyết tranh chấp[1].

Khi tham gia hỗ trợ khách hàng giải quyết tranh chấp về lao động, Luật sư được quyền thực hiện các công việc sau đây:

Một là, sau khi đã nghiên cứu, xem xét hồ sơ, tài liệu do khách hàng cung cấp, Luật sư sẽ tư vấn cho khách hàng từ sơ bộ đến cụ thể về các vấn đề có liên quan đến vụ việc, có thể kể đến như cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp, khách hàng phải thực hiện thủ tục hòa giải tại hòa giải viên lao động trước hoặc có thể nộp trực tiếp đơn khởi kiện đến Tòa án nhân dân cấp có thẩm quyền[2]. Luật sư cũng cần có cái nhìn toàn diện, đánh giá khách quan các tài liệu, chứng cứ được khách hàng cung cấp để nhìn nhận vị trí pháp lý của khách hàng trong vụ việc tranh chấp, yêu cầu của khách hàng có hợp lý và hợp pháp hay không, có vấn đề nào chưa rõ, cần phải chứng minh thêm hay có vấn đề nào chưa được pháp luật quy định cụ thể, cần xin ý kiến tham vấn của cơ quan có thẩm quyền, từ đó đưa ra ý kiến tư vấn pháp lý phù hợp để phục vụ cho việc giải quyết vụ việc. Việc giúp khách hàng nắm bắt được trình tự thủ tục giải quyết vụ việc khi lựa chọn cơ quan giải quyết tranh chấp cũng là việc Luật sư cần chú ý thực hiện để khách hàng có thể hình dung rõ những việc cần làm cũng như thời gian, công sức mà khách hàng sẽ phải bỏ ra khi theo đuổi việc giải quyết vụ việc, từ đó khách hàng sẽ có lựa chọn hợp lý tùy thuộc vào tình hình thực tế.

Các trường hợp khách hàng không cần hòa giải tại hòa giải viên lao động gồm các tranh chấp về xử lý kỷ luật lao động theo hình thức sa thải

1. Điều 202 Bộ luật lao động năm 2012.
2. Điều 200 và khoản 1 Điều 201 Bộ luật lao động năm 2012.

hoặc tranh chấp về trường hợp bị đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động; về bồi thường thiệt hại, trợ cấp khi chấm dứt hợp đồng lao động; giữa người giúp việc gia đình với người sử dụng lao động; về bảo hiểm xã hội theo quy định của pháp luật về bảo hiểm xã hội, về bảo hiểm y tế theo quy định của pháp luật về bảo hiểm y tế; về bồi thường thiệt hại giữa người lao động với doanh nghiệp, đơn vị sự nghiệp đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng[1].

Hai là, hỗ trợ khách hàng soạn các tài liệu có liên quan đến vụ việc. Cụ thể, có thể kể đến như Đơn yêu cầu cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động cá nhân, các tài liệu giải trình khi được cơ quan có thẩm quyền yêu cầu hoặc khi Luật sư xét thấy cần thiết;

Ba là, hỗ trợ khách hàng thu thập các tài liệu, chứng cứ cần thiết để chứng minh cho yêu cầu của khách hàng hoặc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của khách hàng;

Bốn là, đại diện khách hàng tham gia vào các giai đoạn giải quyết tranh chấp lao động với tư cách là người đại diện theo ủy quyền hoặc Luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của khách hàng. Lưu ý, việc đại diện theo ủy quyền hoặc yêu cầu Luật sư cần được lập thành văn bản. Nếu khách hàng là tổ chức thì văn bản ủy quyền hoặc yêu cầu Luật sư không cần công chứng, tuy nhiên nếu khách hàng là cá nhân thì văn bản ủy quyền hoặc yêu cầu Luật sư cần được lập tại cơ quan công chứng với sự chứng kiến của công chứng viên. Các công việc trong giai đoạn này có thể kể đến như: Thay mặt và/hoặc cùng với khách hàng tham gia phiên hòa giải được tổ chức bởi hòa giải viên lao động với bên còn lại trong tranh chấp hoặc các phiên hòa giải do Tòa án tổ chức, các phiên hòa giải do các bên tự thỏa thuận; tham gia các phiên họp với cơ quan có thẩm quyền khi được yêu cầu; tham gia phiên tòa các cấp sơ thẩm, phúc thẩm, các phiên tòa giám đốc thẩm, tái thẩm (nếu có). Luật sư cũng có quyền đại diện khách hàng làm Đơn yêu cầu thay đổi người tiến hành giải quyết tranh chấp lao động

---

1. Khoản 1 Điều 201 Bộ luật lao động năm 2012.

nếu có lý do cho rằng người đó có thể không vô tư hoặc không khách quan khi giải quyết vụ việc.

Quy trình giải quyết vụ án tranh chấp lao động cá nhân tại các cấp Tòa án có thẩm quyền và quy trình thi hành án được tóm tắt như sau:

Thủ tục		**Thời hạn luật định**
Thủ tục giải quyết vụ án tại Tòa án cấp sơ thẩm		
Bước 1	Người khởi kiện nộp đơn khởi kiện kèm theo các tài liệu cần thiết đến Tòa án địa phương có thẩm quyền giải quyết	
Bước 2	Tòa án thực hiện thủ tục nhận và xử lý đơn khởi kiện, xem xét đơn khởi kiện và nếu đơn khởi kiện hợp lệ, tiến hành thủ tục thụ lý vụ án. Nếu đơn khởi kiện chưa hợp lệ, Tòa án sẽ yêu cầu người khởi kiện sửa đổi đơn khởi kiện hoặc bổ sung thêm tài liệu chứng minh kèm theo. Tòa án trả lại đơn khởi kiện cho người khởi kiện nếu vụ việc đó không thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án hoặc chuyển đơn khởi kiện cho Tòa án có thẩm quyền và thông báo cho người khởi kiện nếu vụ án thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án khác[1].	*Tám ngày làm việc* kể từ ngày Tòa án nhận được đơn khởi kiện
Bước 3	Người khởi kiện nộp tạm ứng án phí và nộp cho Tòa án biên lai thu tạm ứng án phí (nếu có)[2].	*Bảy ngày* kể từ ngày nhận được thông báo thụ lý vụ án của Tòa án như được nêu tại Bước 2
Bước 4	Tòa án thông báo về việc thụ lý vụ án cho nguyên đơn, bị đơn, cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan[3].	*Ba ngày làm việc* kể từ ngày thụ lý vụ án
Bước 5	Tòa án phân công thẩm phán giải quyết vụ án[4].	*Ba ngày làm việc* kể từ ngày thụ lý vụ án

1. Điều 191 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.
2. Điều 195 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.
3. Khoản 1 Điều 196 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.
4. Khoản 2 Điều 197 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

Thủ tục		Thời hạn luật định
Bước 6	Bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan phải nộp cho Tòa án văn bản ghi ý kiến của mình đối với yêu cầu của nguyên đơn và tài liệu, chứng cứ kèm theo, yêu cầu phản tố, yêu cầu độc lập (nếu có)[1].	*Tối đa mười lăm ngày* kể từ ngày nhận được thông báo
Bước 7	Tòa án triệu tập các bên để tiến hành phiên họp hòa giải và phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ. Phiên họp hòa giải và phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ có thể được tổ chức một hoặc nhiều lần tùy thuộc vào nhu cầu hòa giải và cung cấp chứng cứ. Nếu các bên đạt được thỏa thuận về việc giải quyết toàn bộ vụ án và không có thay đổi trong vòng bảy ngày kể từ ngày đạt được thỏa thuận, Tòa án sẽ ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các bên. Quyết định này sẽ có hiệu lực thi hành và không bị kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm. Trong trường hợp các bên không đạt được thỏa thuận nào về việc giải quyết tranh chấp, vụ án sẽ được đưa ra giải quyết tại phiên tòa sơ thẩm bằng Quyết định đưa vụ án ra xét xử[2].	*Tối đa ba tháng* kể từ ngày thụ lý vụ án
Bước 8	Tòa án mở phiên tòa sơ thẩm để giải quyết vụ án[3].	*Tối đa hai tháng* kể từ ngày có quyết định đưa vụ án ra xét xử

1. Khoản 1 Điều 199 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

2. Điểm g khoản 2 Điều 203, khoản 1 Điều 208, khoản 1 Điều 212, khoản 2 Điều 212 và khoản 1 Điều 213 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

3. Khoản 3 và 4 Điều 203 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

Thủ tục		**Thời hạn luật định**
Thủ tục giải quyết vụ án tại Tòa án cấp phúc thẩm		
Bước 1	Người kháng cáo gửi đơn kháng cáo đến Tòa án cấp sơ thẩm[1].	Trong vòng *mười lăm ngày* kể từ ngày Tòa án cấp sơ thẩm tuyên án Đối với đương sự, đại diện cơ quan, tổ chức không có mặt tại phiên tòa hoặc không có mặt khi tuyên án mà có lý do chính đáng thì thời hạn kháng cáo được tính từ ngày họ nhận được bản án hoặc bản án được niêm yết.
Bước 2	Người kháng cáo nộp tiền tạm ứng án phí phúc thẩm theo thông báo của Tòa án cấp sơ thẩm và nộp biên lai thu tạm ứng án phí cho Tòa án cấp sơ thẩm[2].	*Trong vòng mười ngày* kể từ ngày nhận được thông báo của Tòa án về việc nộp tiền tạm ứng án phí phúc thẩm hoặc trễ hơn nếu có lý do chính đáng
Bước 3	Tòa án cấp sơ thẩm chuyển hồ sơ vụ án lên Tòa án cấp phúc thẩm[3].	*Trong vòng năm ngày làm việc* kể từ ngày hết thời hạn kháng cáo và người kháng cáo đã nộp tiền tạm ứng án phí phúc thẩm
Bước 4	Tòa án cấp phúc thẩm ra quyết định đưa vụ án ra xét xử[4].	*Tối đa ba tháng* kể từ ngày thụ lý vụ án
Bước 5	Tòa án cấp phúc thẩm mở phiên tòa phúc thẩm để giải quyết vụ án[5].	*Tối đa hai tháng* kể từ ngày có quyết định đưa vụ án ra xét xử phúc thẩm. Bản án phúc thẩm sẽ có hiệu lực thi hành kể từ ngày tuyên án[6].

1. Khoản 1 Điều 273 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.
2. Khoản 1, 2 Điều 276 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.
3. Khoản 2, 3 Điều 283 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.
4. Điểm c khoản 1 Điều 286 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.
5. Khoản 2 Điều 286 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.
6. Khoản 6 Điều 313 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

2. Tranh chấp lao động tập thể

Nhìn chung, các công việc mà Luật sư sẽ hỗ trợ cho khách hàng trong tranh chấp lao động tập thể tương tự như đối với tranh chấp lao động cá nhân. Tuy nhiên, có một số khác biệt nhất định mà Luật sư cần lưu ý như sau:

a) Trình tự giải quyết:

Bước 1: Hòa giải viên lao động có thẩm quyền hòa giải đối với cả tranh chấp lao động về quyền và tranh chấp lao động về lợi ích và việc hòa giải tại cơ quan này là một thủ tục bắt buộc[1].

Bước 2: Nếu hòa giải không thành, thì cơ quan tiếp theo có thẩm quyền giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền là Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện, trong khi Hội đồng trọng tài lao động mới là cơ quan tiếp theo có thẩm quyền tiếp tục hòa giải đối với tranh chấp lao động tập thể về lợi ích[2].

Bước 3: Trong trường hợp không đồng ý với quyết định của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện thì Luật sư có thể tư vấn cho khách hàng khởi kiện tại Tòa án có thẩm quyền. Nhưng đối với tranh chấp lao động tập thể về lợi ích, nếu hòa giải không thành hoặc các bên không thực hiện thỏa thuận đã được ghi nhận trong biên bản hòa giải thành thì nếu khách hàng là tập thể người lao động, Luật sư có thể tư vấn cho khách hàng tiến hành đình công để giành được lợi ích mong muốn[3].

b) Thời hiệu yêu cầu giải quyết tranh chấp:

Pháp luật chỉ đặt ra thời hiệu đối với tranh chấp lao động tập thể về quyền, cụ thể là một năm kể từ ngày mỗi bên tranh chấp phát hiện hành vi mà họ cho rằng quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm. Đương nhiên, vấn đề thời hiệu không được đặt ra cho tranh chấp lao động về lợi ích. Điều này xuất phát từ việc lợi ích được nói đến ở đây được hiểu là các điều kiện lao động có lợi hơn cho người lao động so với quy định của pháp luật lao động, thỏa ước lao động tập thể, nội quy

1. Khoản 1 Điều 204 Bộ luật lao động năm 2012.
2. Khoản 2 Điều 204 Bộ luật lao động năm 2012.
3. Khoản 3 Điều 205 và khoản 3 Điều 206 Bộ luật lao động năm 2012.

lao động hoặc các quy chế, thỏa thuận hợp pháp khác mà người sử dụng lao động áp dụng để khuyến khích cho người lao động, cho nên, đây không phải là nghĩa vụ bắt buộc của người sử dụng lao động hay người lao động. Tranh chấp lợi ích diễn ra không phải do các bên cho rằng quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm hại, mà là từ việc mỗi bên nhận thấy cần tăng thêm lợi ích hay giảm bớt đi lợi ích, trong khi đó lợi ích của mỗi bên lại là vấn đề mang tính chất biến thiên, phụ thuộc vào từng thời điểm, sự thay đổi của điều kiện sống, điều kiện lao động, chất lượng cuộc sống, tình hình kinh tế - xã hội, v.v., khó có thể xác định được mốc thời gian khởi đầu. Do đó, việc đặt ra thời hiệu trong tranh chấp lao động tập thể về lợi ích là không phù hợp.

c) Vấn đề đình công:

Đình công diễn ra khi tranh chấp lao động tập thể về lợi ích không thể hòa giải được hoặc hòa giải nhưng các bên không thực hiện theo kết quả hòa giải thành. Đình công không đơn thuần chỉ là việc tập thể người lao động ngưng làm việc mà đi kèm nó còn là nhiều trình tự, thủ tục chặt chẽ. Do đó, nếu khách hàng là tập thể người lao động, Luật sư cần tư vấn, hướng dẫn cho khách hàng thực hiện việc đình công theo đúng trình tự, thủ tục luật định. Tuy nhiên, Luật sư cũng cần nhắc nhở khách hàng dù họ là người sử dụng lao động hay tập thể người lao động về các hậu quả pháp lý bất lợi có thể xảy ra và những hậu quả khác mà một cuộc đình công mang lại. Trong quá trình đình công hoặc trong thời hạn ba tháng kể từ ngày chấm dứt đình công, người sử dụng lao động, tổ chức đại diện tập thể người lao động có quyền yêu cầu Tòa án xem xét tính hợp pháp của cuộc đình công[1]. Nếu cuộc đình công là bất hợp pháp theo quyết định của Tòa án, thì người lao động đang tham gia đình công phải ngừng ngay cuộc đình công và trở lại làm việc[2]. Bên cạnh đó, nếu người lao động vẫn không ngừng đình công và không trở lại làm việc, thì người sử dụng lao động được quyền xử lý kỷ luật lao động đối với những người lao động này. Đồng thời, cuộc đình công bất

1. Khoản 1 Điều 403 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.
2. Khoản 2 Điều 412 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

hợp pháp gây ra thiệt hại cho người sử dụng lao động thì tổ chức Công đoàn lãnh đạo đình công phải bồi thường thiệt hại cho người sử dụng lao động[1]. Bản thân người lao động tham gia đình công cũng không được trả lương và các quyền lợi khác trong thời gian đình công, trừ trường hợp hai bên có thỏa thuận khác[2].

Các vấn đề cần lưu ý:

- Đối với các vụ việc về tranh chấp lao động, Luật sư cần xác định rõ các vấn đề cụ thể như sau: Loại tranh chấp, thời hiệu giải quyết tranh chấp, cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp và trình tự giải quyết tranh chấp.

- Luật sư cần xác định rõ với khách hàng các công việc mà Luật sư có thể tiến hành hỗ trợ cho khách hàng khi tham gia giải quyết tranh chấp lao động.

- Tranh chấp lao động là một vấn đề hết sức nhạy cảm. Do đó, trong mọi trường hợp, việc hòa giải nên được ưu tiên hàng đầu và cố gắng giải quyết triệt để các vấn đề trong giai đoạn hòa giải. Việc giải quyết tranh chấp tại Tòa án hay đình công đều là các phương án "sau cùng", khi hai bên đã dùng thiện chí cao nhất nhưng không đạt được tiếng nói chung.

- Khi tranh chấp lao động được đưa đến Tòa án giải quyết, Luật sư cần chú ý tranh chấp sẽ trải qua giai đoạn xét xử sơ thẩm và xét xử phúc thẩm (nếu có kháng cáo, kháng nghị). Bản án sơ thẩm sẽ có hiệu lực pháp luật sau khi hết thời hạn kháng cáo, kháng nghị mà không có kháng cáo, kháng nghị[3]. Trong khi đó, bản án phúc thẩm có hiệu lực kể từ ngày tuyên án[4]. Trong một số trường hợp, bản án sơ thẩm/ phúc thẩm có hiệu lực pháp luật có thể được xem xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm nếu xét thấy có các căn cứ để yêu cầu giám đốc thẩm, tái thẩm theo quy định của pháp luật tố tụng dân sự[5]. Do

1. Khoản 1 Điều 233 Bộ luật lao động năm 2012.
2. Khoản 2 Điều 218 Bộ luật lao động năm 2012.
3. Khoản 2 Điều 228 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.
4. Khoản 6 Điều 313 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.
5. Điều 325 và Điều 351 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

đó, Luật sư cần tùy thuộc vào tình hình thực tế của khách hàng và nội dung của các bản án để tư vấn cho khách hàng các thủ tục tranh tụng cần thiết nhằm bảo vệ một cách tối đa có thể và hiệu quả cho quyền lợi hợp pháp của khách hàng.

VII. BẢO HIỂM XÃ HỘI, BẢO HIỂM Y TẾ, BẢO HIỂM THẤT NGHIỆP VÀ BẢO HIỂM TAI NẠN LAO ĐỘNG, BỆNH NGHỀ NGHIỆP

Phần này sẽ đề cập việc đóng bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp và bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp của người sử dụng lao động và người lao động. Một vấn đề cần lưu ý là kể từ ngày 1-7-2016, các quy định về tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp sẽ không thuộc sự điều chỉnh của Luật bảo hiểm xã hội năm 2014 nữa mà sẽ được điều chỉnh bởi Luật an toàn vệ sinh lao động năm 2015[1]. Theo đó, bên cạnh bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế và bảo hiểm thất nghiệp, người sử dụng lao động còn có trách nhiệm đóng bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp.

Bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp và bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp (sau đây gọi chung là bảo hiểm) là các loại bảo hiểm bắt buộc mà người lao động phải tham gia và người sử dụng lao động phải đóng cho người lao động. Đây cũng là một trong số các quyền lợi của người lao động mà người sử dụng lao động bắt buộc phải thực hiện. Việc không tham gia các loại bảo hiểm bắt buộc này, kể cả có thỏa thuận hay không thỏa thuận với người lao động, hoàn toàn trái với quy định của pháp luật. Hiện nay, pháp luật đã quy định cụ thể về trách nhiệm pháp lý phát sinh đối với các hành vi trốn đóng bảo hiểm; chậm đóng tiền bảo hiểm; chiếm dụng tiền đóng các loại bảo hiểm, hưởng bảo hiểm; gian lận, giả mạo hồ sơ trong việc thực hiện bảo hiểm; sử dụng quỹ bảo hiểm không đúng pháp luật; cản trở, gây khó khăn hoặc làm thiệt hại đến quyền, lợi ích hợp pháp, chính đáng của người lao động, người sử dụng lao động; truy cập, khai thác

1. Khoản 2 Điều 92 Luật an toàn vệ sinh lao động năm 2015.

trái pháp luật cơ sở dữ liệu về bảo hiểm; báo cáo sai sự thật; cung cấp thông tin, số liệu không chính xác về bảo hiểm[1].

Khi nói đến bảo hiểm bắt buộc theo các quy định pháp luật về lao động, thông thường bất đồng hay tranh chấp giữa các bên sẽ xoay quanh các vấn đề sau:

1. Đối tượng đóng bảo hiểm

Đối tượng phải tham gia các loại bảo hiểm bắt buộc bao gồm:

Loại bảo hiểm	Từ 01-01-2016 đến 31-12-2017	Từ ngày 01-01-2018 trở đi
BẢO HIỂM XÃ HỘI[2]	Người lao động Việt Nam làm việc theo hợp đồng lao động không xác định thời hạn, hợp đồng lao động xác định thời hạn hoặc hợp đồng lao động theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định có thời hạn từ đủ ba tháng đến dưới mười hai tháng.	Tương tự giai đoạn từ 01-01-2016 đến 31-12-2017 và bao gồm thêm: - Người lao động làm việc theo hợp đồng lao động có thời hạn từ đủ một tháng đến dưới ba tháng; - Người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam đã có Giấy phép lao động hoặc Chứng chỉ hành nghề hoặc Giấy phép hành nghề do cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam cấp.
BẢO HIỂM Y TẾ[3]	Người lao động (bao gồm cả người lao động Việt Nam và người lao động nước ngoài) làm việc theo hợp đồng lao động không xác định thời hạn, hợp đồng lao động xác định thời hạn hoặc hợp đồng lao động theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định có thời hạn từ đủ ba tháng đến dưới mười hai tháng. Người lao động là người quản lý doanh nghiệp hưởng tiền lương, tiền công theo quy định của pháp luật về tiền lương, tiền công.	

1. Điều 17 Luật bảo hiểm xã hội năm 2014; Điều 11 Luật bảo hiểm y tế năm 2008 sửa đổi, bổ sung năm 2014 (sau đây gọi tắt là Luật bảo hiểm y tế năm 2008).

2. Điểm a và b khoản 1 Điều 2, khoản 2 Điều 2 và khoản 1 Điều 124 Luật bảo hiểm xã hội năm 2014 sửa đổi, bổ sung năm 2015 (sau đây gọi tắt là Luật bảo hiểm xã hội năm 2014).

3. Khoản 1 Điều 12 Luật bảo hiểm y tế năm 2008.

BẢO HIỂM THẤT NGHIỆP[1]	Người lao động Việt Nam làm việc theo hợp đồng lao động không xác định thời hạn, hợp đồng lao động xác định thời hạn hoặc hợp đồng lao động theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định có thời hạn từ đủ ba tháng đến dưới mười hai tháng.
BẢO HIỂM TAI NẠN LAO ĐỘNG, BỆNH NGHỀ NGHIỆP[2]	Người sử dụng lao động sử dụng người lao động thuộc đối tượng tham gia bảo hiểm xã hội, nhưng không bao gồm người lao động nước ngoài (áp dụng kể từ ngày 1-7-2016 trở đi).

Trong thời gian thử việc theo hợp đồng thử việc, người sử dụng lao động và người lao động sẽ không phải đóng các loại bảo hiểm bắt buộc nêu trên vì người lao động đang thử việc theo hợp đồng thử việc không thuộc đối tượng đóng bảo hiểm bắt buộc được quy định trong các văn bản pháp luật điều chỉnh riêng cho từng loại bảo hiểm bắt buộc.

Đối với người lao động không thuộc diện tham gia bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp và bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp, người sử dụng lao động có trách nhiệm, ngoài việc trả lương, chi trả thêm cùng lúc với kỳ trả lương của người lao động một khoản tiền cho người lao động tương đương với mức đóng bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp và bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp theo quy định[3].

2. Tiền lương đóng bảo hiểm

Tiền lương làm cơ sở đóng bảo hiểm cũng có sự khác nhau giữa giai đoạn từ 01-01-2016 đến 31-12-2017 và giai đoạn kể từ ngày 01-01-2018 trở về sau. Cụ thể như sau:

a) Trong giai đoạn từ 01-01-2016 đến 31-12-2017:

Tiền lương làm căn cứ đóng bảo hiểm bao gồm: Mức lương theo

1. Khoản 1 Điều 3 và khoản 1 Điều 43 Luật việc làm năm 2013.

2. Khoản 1 Điều 43 và khoản 1 Điều 44 Luật an toàn vệ sinh lao động năm 2015; Khoản 1 Điều 2 Nghị định 37/2016/NĐ-CP ngày 15 tháng 5 năm 2016 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật an toàn vệ sinh lao động năm 2015 về bảo hiểm tai nạn lao động bệnh nghề nghiệp.

3. Khoản 3 Điều 186 Bộ luật lao động năm 2012.

công việc hoặc chức danh được ghi trong hợp đồng lao động; Phụ cấp lương (chỉ bao gồm các khoản phụ cấp lương để bù đắp yếu tố về điều kiện lao động, tính chất phức tạp công việc, điều kiện sinh hoạt, mức độ thu hút lao động mà mức lương thỏa thuận trong hợp đồng lao động chưa được tính đến hoặc tính chưa đầy đủ).

Các khoản tiền lương không phải đóng bảo hiểm bao gồm: Phụ cấp lương là các khoản phụ cấp gắn với quá trình làm việc và kết quả thực hiện công việc của người lao động; Các khoản bổ sung khác; Các khoản không được xem là tiền lương như đề cập tại Mục V.1 nêu trên[1].

b) Trong giai đoạn kể từ ngày 01-01-2018 trở về sau:

Tiền lương làm căn cứ đóng bảo hiểm bao gồm: Mức lương theo công việc hoặc chức danh được ghi trong hợp đồng lao động; Phụ cấp lương (chỉ bao gồm các khoản phụ cấp lương để bù đắp yếu tố về điều kiện lao động, tính chất phức tạp công việc, điều kiện sinh hoạt, mức độ thu hút lao động mà mức lương thỏa thuận trong hợp đồng lao động chưa được tính đến hoặc tính chưa đầy đủ); Các khoản bổ sung xác định được mức tiền cụ thể cùng với mức lương thỏa thuận trong hợp đồng lao động và trả thường xuyên trong mỗi kỳ trả lương[2].

Các khoản tiền lương không phải đóng bảo hiểm bao gồm: Phụ cấp lương là các khoản phụ cấp gắn với quá trình làm việc và kết quả thực hiện công việc của người lao động; Các khoản bổ sung không xác định được mức tiền cụ thể cùng với mức lương thỏa thuận trong hợp đồng lao động, trả thường xuyên hoặc không thường xuyên trong mỗi kỳ trả lương gắn với quá trình làm việc, kết quả thực hiện công việc của người lao động; Các khoản không phải tiền lương như đề cập tại Mục V.1 nêu trên.

1. Khoản 1 và điểm a khoản 2 Điều 4 Thông tư số 47/2015/TT-BLĐTBXH; khoản 1 Điều 30 Thông tư số 59/2015/TT-BLĐTBXH.

2. Điểm a khoản 2 và điểm a khoản 3 Điều 4 Thông tư số 47/2015/TT-BLĐTBXH; khoản 2 Điều 30 Thông tư số 59/2015/TT-BLĐTBXH.

Tuy nhiên, không phải toàn bộ tiền lương theo các khoản mục trên đây sẽ được dùng làm căn cứ để tính tiền lương đóng bảo hiểm. Luật đã giới hạn, "mức sàn" tiền lương tháng đóng bảo hiểm là mức lương tối thiểu vùng do Chính phủ quy định tại từng thời điểm hoặc đối với người lao động đã qua học nghề thì tiền lương đóng bảo hiểm bắt buộc phải cao hơn ít nhất bảy phần trăm so với mức lương tối thiểu vùng, nếu làm công việc nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm hoặc đặc biệt nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm thì cộng thêm năm phần trăm hoặc bảy phần trăm. "Mức trần" cho khoản tiền làm căn cứ đóng bảo hiểm phụ thuộc vào từng loại bảo hiểm, cụ thể như sau:

- Bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp: Không được cao hơn hai mươi lần mức lương cơ sở do Chính phủ ban hành tại từng thời điểm[1].

- Bảo hiểm thất nghiệp: Không được cao hơn hai mươi lần mức lương tối thiểu vùng do Chính phủ ban hành tại từng thời điểm[2].

3. Tỷ lệ đóng bảo hiểm

Loại bảo hiểm	**Người sử dụng lao động đóng** (%)	**Người lao động đóng** (%)	**Tổng cộng** (%)
BẢO HIỂM XÃ HỘI[3]	17	8	25
BẢO HIỂM Y TẾ[4]	3	1,5	4,5
BẢO HIỂM THẤT NGHIỆP[5]	1	1	2
BẢO HIỂM TAI NẠN LAO ĐỘNG, BỆNH NGHỀ NGHIỆP[6]	0.5	0	0.5
Tổng cộng	**21.5**	**10,5**	**32**

1. Khoản 3 Điều 89 Luật bảo hiểm xã hội năm 2014; khoản 5 Điều 14 Luật bảo hiểm y tế năm 2008.
2. Khoản 2 Điều 58 Luật việc làm năm 2013.
3. Khoản 1 Điều 85 và khoản 1 Điều 86 Luật bảo hiểm xã hội năm 2014.
4. Khoản 1 Điều 13 Luật bảo hiểm y tế năm 2008.
5. Khoản 1 Điều 57 Luật việc làm năm 2013.
6. Khoản 1 Điều 44 Luật an toàn vệ sinh lao động năm 2015.

Tỷ lệ này được cập nhật mới nhất theo quy định tại Nghị định số 44/2017/NĐ-CP ngày 14-4-2017 của Chính phủ quy định về mức đóng bảo hiểm xã hội bắt buộc vào quỹ bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp.

4. Chế độ hưởng bảo hiểm

Chế độ hưởng bảo hiểm bao hàm các yếu tố như điều kiện hưởng bảo hiểm, mức hưởng bảo hiểm, thời gian hưởng bảo hiểm, cách thức chi trả quyền lợi bảo hiểm. Tùy vào mỗi loại bảo hiểm mà pháp luật có quy định cụ thể cho từng yếu tố nêu trên. Đối với mỗi chế độ, người lao động sẽ được hưởng một khoản tiền và/hoặc kèm theo số ngày nghỉ nhất định. Riêng với người sử dụng lao động, nếu tuân thủ pháp luật về việc đóng bảo hiểm cho người lao động, thì khi người lao động rơi vào các trường hợp được hưởng chế độ bảo hiểm, người sử dụng lao động sẽ được giảm bớt gánh nặng chi trả một khoản tiền nhất định cho người lao động.

5. Trường hợp một người lao động cùng làm việc theo nhiều hợp đồng lao động với nhiều người sử dụng lao động

Trong trường hợp người lao động đang làm việc theo nhiều hợp đồng lao động ký với nhiều người sử dụng lao động, đồng thời cả người lao động, các người sử dụng lao động đều thuộc đối tượng tham gia bảo hiểm, thì việc đóng bảo hiểm sẽ được thực hiện như sau:

- *Về bảo hiểm xã hội, bảo hiểm thất nghiệp*: Sẽ được đóng bởi người sử dụng lao động giao kết hợp đồng lao động đầu tiên với người lao động. Người sử dụng lao động của các hợp đồng lao động còn lại sẽ trả khoản tiền tương đương với khoản bảo hiểm xã hội, bảo hiểm thất nghiệp mà người sử dụng lao động đáng lẽ phải đóng cho người lao động theo quy định của Luật bảo hiểm xã hội và Luật việc làm vào kỳ trả lương cho người lao động[1].

---

1. Khoản 1 Điều 4 Nghị định số 44/2013/NĐ-CP ngày 10 tháng 5 năm 2013 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Bộ luật lao động 2012 về hợp đồng lao động (sau đây gọi tắt là Nghị định số 44/2013/NĐ-CP).

- *Về bảo hiểm y tế*: Sẽ được đóng bởi người sử dụng lao động của hợp đồng lao động có mức tiền lương cao nhất. Người sử dụng lao động của các hợp đồng lao động còn lại sẽ chỉ trả khoản tiền tương đương với mức đóng bảo hiểm y tế bắt buộc đáng lẽ người sử dụng lao động phải đóng cho người lao động vào kỳ trả lương cho người lao động[1].

- *Về bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp*: Sẽ được đóng bởi tất cả người sử dụng lao động có giao kết hợp đồng lao động với người lao động[2].

Các vấn đề cần lưu ý:

- Bảo hiểm theo các quy định pháp luật về lao động là chế độ bắt buộc mà cả người sử dụng lao động và người lao động đều phải thực hiện. Thông thường, các vấn đề tiềm ẩn có thể xảy ra làm ảnh hưởng đến quyền lợi của người lao động sẽ xoay xung quanh việc: Người lao động có thuộc đối tượng đóng bảo hiểm hay không; Được hưởng những chế độ nào; Mức hưởng là bao nhiêu; Mức đóng bảo hiểm là bao nhiêu.

- Luật sư cần lưu ý khách hàng về các trình tự, thủ tục luật định khi đóng bảo hiểm và hưởng bảo hiểm.

- Trong một số trường hợp, khi phát hiện các hành vi do khách hàng là người sử dụng lao động thực hiện có khả năng vi phạm pháp luật về bảo hiểm cho người lao động, cần tư vấn cho khách hàng hiểu rõ các hậu quả pháp lý bất lợi mà khách hàng phải gánh chịu và các cách thức, hành vi pháp lý mà khách hàng có thể thực hiện để ngăn chặn hậu quả hoặc các hành vi mà khách hàng buộc phải thực hiện theo quyết định của cơ quan có thẩm quyền khi phát hiện hành vi vi phạm.

1. Khoản 2 Điều 4 Nghị định số 44/2013/NĐ-CP.
2. Khoản 2 Điều 43 Luật an toàn vệ sinh lao động năm 2015.

Chương 8

TƯ VẤN HỢP ĐỒNG TÍN DỤNG QUỐC TẾ - CÁC ĐIỀU KHOẢN CHÍNH

Quy trình thực hiện một hợp đồng tín dụng thông thường bao gồm các bước sau:



I. GIỚI THIỆU CÁC ĐIỀU KHOẢN

Một hợp đồng tín dụng quốc tế thông thường bao gồm những điều khoản sau đây:

Giải thích	Các cam kết
Khoản tín dụng	Vi phạm
Mục đích vay	Phí tổn
Điều kiện tiên quyết	Thuế
Rút khoản vay (giải ngân)	Các khoản bồi thường
Trả nợ vay	Chứng cứ và phương thức tính lãi
Trả nợ trước hạn và hủy bỏ	Sửa đổi và từ bỏ
Các kỳ hạn tính lãi	Thay đổi các bên
Lãi	Công bố thông tin
Thanh toán	Bù trừ
Các khoản thuế	Hiệu lực từng phần
Gián đoạn thị trường	Thông báo
Chi phí tăng thêm	Ngôn ngữ
Bất hợp pháp	Luật điều chỉnh
Biện pháp giảm thiểu	Giải quyết tranh chấp
Cam đoan và bảo đảm	Thỏa thuận toàn bộ
Các cam kết về chỉ số tài chính	

Lưu ý, đối với các khoản vay trong nước từ các tổ chức tín dụng và chi nhánh ngân hàng nước ngoài, hợp đồng tín dụng phải có các điều khoản theo quy định tại Điều 23 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN ngày 30 tháng 12 năm 2016 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam quy định về hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài đối với khách hàng (sau đây gọi tắt là Thông tư số 39/2016/TT-NHNN).

II. KHOẢN TÍN DỤNG

Khoản tín dụng là khoản tiền mà bên cho vay cam kết cho bên vay được vay sau khi đã đáp ứng điều kiện rút vốn/giải ngân và thủ tục quy định tại hợp đồng tín dụng. Thông thường, bên cho vay sẽ không tiếp tục giải ngân sau khi đã phát sinh sự kiện vi phạm hoặc sau khi đã hết thời hạn rút vốn. Ví dụ:

> ***Định nghĩa***
>
> **Thời Hạn Rút Vốn** nghĩa là một thời hạn kể từ (và bao gồm) Ngày Ký Hợp Đồng đến (và bao gồm) ngày tròn 3 tháng sau Ngày Ký Hợp Đồng.
>
> **Khoản Cam Kết Cho Vay** nghĩa là 10.000.000 USD hoặc khoản tiền tương đương bằng VND vào Ngày Ký Hợp Đồng.
>
> ***Điều khoản***
>
> Tùy thuộc vào các điều khoản của Hợp Đồng này, Bên Cho Vay cấp cho Bên Vay một khoản tín dụng có kỳ hạn với tổng giá trị nợ gốc không vượt quá Khoản Cam Kết Cho Vay.

1. Tín dụng có cam kết và không cam kết

Có nhiều hình thức cấp tín dụng khác nhau. Nếu xét về mức độ cam kết của từng khoản vay, có thể phân thành hai loại chính là: Khoản tín dụng có cam kết (commited) và khoản tín dụng không cam kết (uncommitted). Đối với khoản tín dụng có cam kết, sau khi đã đáp ứng các điều kiện tiên quyết theo hợp đồng tín dụng, bên cho vay có nghĩa vụ phải cung cấp khoản tín dụng đã cam kết cho bên vay.

Đối với khoản tín dụng không cam kết, việc cho vay hay không phụ thuộc vào quyền quyết định của bên cho vay. Khoản tín dụng không

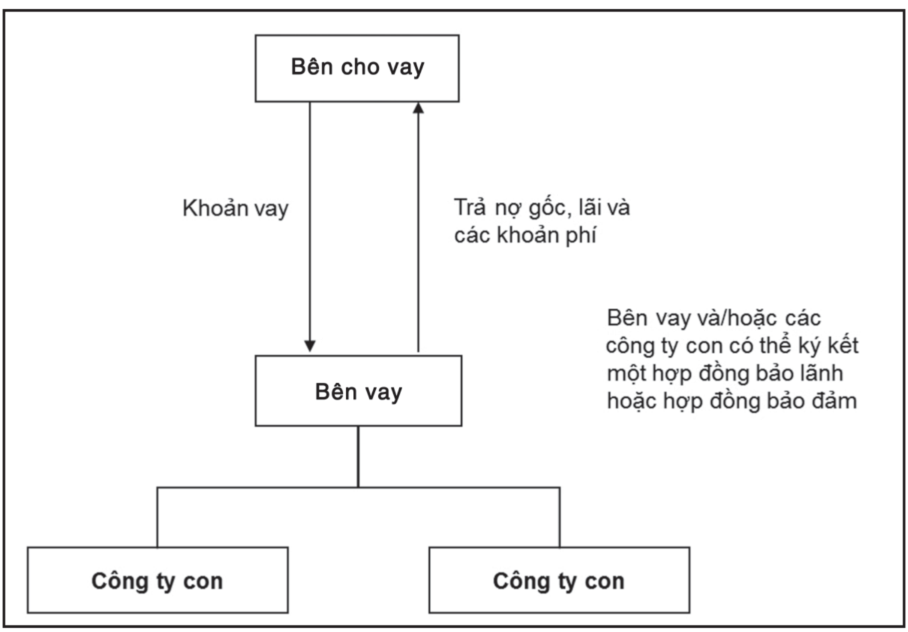
cam kết thường phục vụ các mục đích tín dụng ngắn hạn và bên vay không yêu cầu phải bảo đảm nguồn vốn vay.

2. Riêng lẻ và hợp vốn

Nếu xét về số lượng và hình thức cấp vốn vay của ngân hàng, có thể phân chia các khoản tín dụng thành đơn lẻ hoặc hợp vốn.

a) Cho vay đơn lẻ:

Trong khoản vay đơn lẻ, chỉ có một bên cho vay cấp tín dụng. Đây là hình thức cho vay cơ bản và dễ dàn xếp. Tuy nhiên, khoản tín dụng có thể được cung cấp thường có giá trị không lớn vì tổ chức tín dụng thường chia các khoản vay của họ cho nhiều bên vay khác nhau nhằm tránh rủi ro và tuân thủ quy định về giới hạn cho vay đối với một khách hàng. Ví dụ, tổng dư nợ vay của một ngân hàng với một khách hàng không được vượt quá 15% vốn tự có của ngân hàng đó.

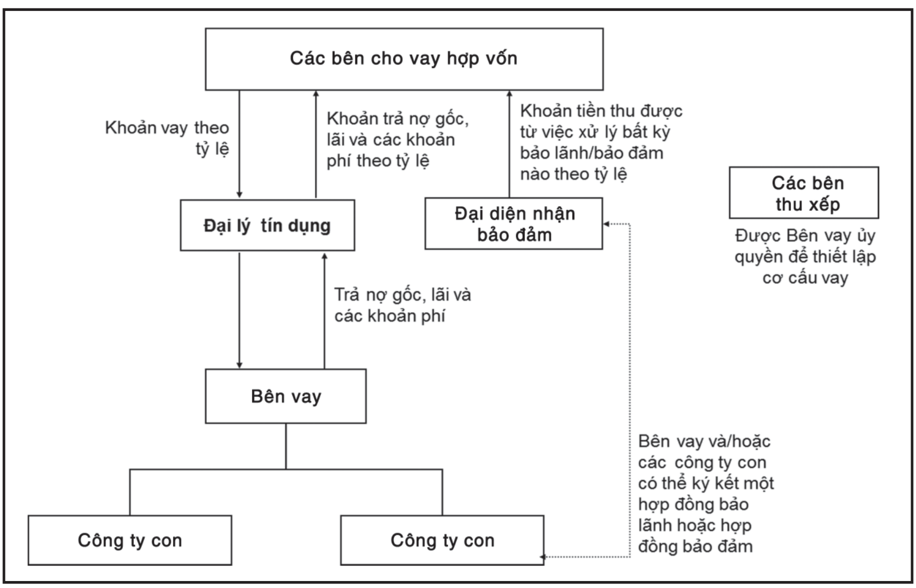


b) Cho vay hợp vốn:

Trong trường hợp cho vay hợp vốn, nhiều bên cho vay cùng cấp tín dụng cho bên vay. Vì rủi ro phát sinh từ khoản tín dụng này được san sẻ cho nhiều bên cho vay nên giá trị khoản vay hợp vốn thường rất lớn. Mỗi bên cho vay sẽ cam kết cho vay dựa trên tỷ lệ cam kết quy định ở

hợp đồng tín dụng. Nghĩa vụ cam kết này là nghĩa vụ riêng theo phần. Thông thường, các bên cho vay sẽ chỉ định một ngân hàng làm đại lý tín dụng và đại lý nhận bảo đảm. Đại lý tín dụng có nghĩa vụ điều hành và quản lý khoản vay, làm đầu mối trung gian, trao đổi thông tin giữa các bên, nhận tiền và chuyển tiền trả nợ vay. Tuy nhiên, bên cho vay đa số (thông thường chiếm 2/3 tổng số tiền cho vay) mới là người có thẩm quyền đưa ra các quyết định quan trọng trong quá trình cấp tín dụng.

Đại diện nhận bảo đảm có nghĩa vụ đại diện các bên cho vay trong việc nhận tài sản bảo đảm và xử lý tài sản bảo đảm khi có sự kiện vi phạm. Việc sử dụng các đại lý và đại diện như trên giúp việc thông tin, chuyển tiền trả nợ và tiền thu được từ xử lý tài sản bảo đảm được minh bạch và công bằng.



Lưu ý, đối với các khoản vay hợp vốn theo quy chế cấp tín dụng hợp vốn (hiện đang quy định tại Thông tư số 42/2011/TT-NHNN ngày 15 tháng 12 năm 2011 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam quy định về cấp tín dụng hợp vốn của tổ chức tín dụng đối với khách hàng, được sửa đổi bởi Thông tư số 24/2016/TT-NHNN ngày 30 tháng 6 năm 2016 (sau đây gọi tắt là Thông tư số 42/2011/TT-NHNN) các đại lý thanh toán (thực chất là đại lý tín dụng) và đại lý nhận bảo đảm phải là tổ chức tín dụng hoặc chi nhánh ngân hàng nước ngoài hoạt động tại Việt Nam.

3. Khoản tín dụng theo thời hạn cố định và khoản tín dụng tuần hoàn

Nếu xét về cách thức trả vốn vay, có thể phân chia khoản tín dụng thành: Khoản tín dụng theo thời hạn cố định và khoản tín dụng tuần hoàn.

a) Khoản tín dụng theo thời hạn cố định:

Trong trường hợp tín dụng theo thời hạn, bên vay chỉ được rút vốn trong một thời hạn nhất định và phải hoàn trả khoản vay cộng với lãi trong một thời hạn nhất định. Khoản vay đã được trả sẽ không được cho vay lại.

Việc trả nợ vay được thực hiện theo thỏa thuận của các bên và có các hình thức như trả nợ một lần vào cuối thời hạn vay, trả nợ nhiều lần với các khoản thanh toán bằng nhau hay trả nợ nhiều lần với khoản thanh toán khác nhau. Thông thường, càng về gần cuối thời hạn vay, khoản tiền phải trả càng lớn. Để dễ dàng quản lý thời hạn trả nợ và dòng tiền, các bên thường thỏa thuận trước một lịch trả nợ theo tháng, quý hoặc theo năm với các số tiền cụ thể.

Khoản tín dụng theo thời hạn thường được dùng để cung cấp vốn cho các mục đích trung và dài hạn như đầu tư, xây dựng một dự án. Thông thường, các dự án đi vay sẽ không phát sinh nguồn thu nhập vào giai đoạn đầu của khoản vay và vì thế, bên cho vay thường đồng ý thỏa thuận một thời gian ân hạn để bên vay không phải thanh toán khoản nợ gốc trong thời hạn đó (thường là trong thời gian xây dựng cơ bản khi dự án chưa tạo ra doanh thu).

Ưu điểm của khoản tín dụng theo thời hạn là cung cấp cho bên vay một khoản vốn vay chắc chắn trong một khoản thời gian đã xác định. Tuy nhiên, nhược điểm là nó thiếu sự linh hoạt. Trong một số hợp đồng tín dụng, nếu bên vay không còn nhu cầu sử dụng vốn vay và muốn trả nợ trước hạn, bên vay phải đồng thời trả thêm một khoản phí trả nợ trước hạn.

b) Khoản tín dụng tuần hoàn:

Khoản tín dụng tuần hoàn thường chỉ được sử dụng cho các mục

đích ngắn hạn và nhằm tạo điều kiện để bên vay có thể linh hoạt sử dụng vốn vay cho các nhu cầu vốn lưu động. Nhược điểm của khoản tín dụng này là thường chỉ được cung cấp với khoản tiền nhỏ và thời hạn vay ngắn. Ví dụ, một khoản vay tuần hoàn có thời hạn 3 tháng thì bên vay sẽ được sử dụng tiền vay trong 3 tháng và vẫn tiếp tục được sử dụng khoản tín dụng đó trong các kỳ 3 tháng kế tiếp. Tuy nhiên, bên cho vay có quyền yêu cầu phải hoàn trả khoản vay vào cuối mỗi kỳ 3 tháng theo thỏa thuận trong hợp đồng tín dụng.

Lưu ý, theo khoản 8 Điều 27 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN, tổng thời gian vay vốn không vượt quá 12 tháng kể từ ngày giải ngân ban đầu và không vượt quá một chu kỳ hoạt động kinh doanh.

III. MỤC ĐÍCH VAY

Các hợp đồng tín dụng luôn có điều khoản nêu rõ mục đích vay. Mục đích vay là căn cứ để bên cho vay cấp tín dụng và xác định rủi ro cấp tín dụng, thời hạn trả nợ lãi, trả nợ gốc.

Hợp đồng tín dụng thường quy định việc sử dụng tín dụng sai mục đích là một sự kiện vi phạm và bên cho vay được quyền thu hồi nợ trước hạn. Theo thông lệ quốc tế, bên cho vay luôn đưa vào hợp đồng tín dụng điều khoản rằng bên cho vay không có nghĩa vụ phải giám sát việc sử dụng vốn vay. Với điều khoản này, bên vay không thể lập luận rằng bên cho vay đã biết hoặc đã không giám sát việc sử dụng tiền vay nên việc sử dụng tiền vay sai mục đích không bị coi là vi phạm và bên cho vay không được thu nợ trước hạn vì lý do sử dụng vốn sai mục đích. Ví dụ:

Điều khoản

Bên Vay phải sử dụng từng Khoản Vay để cấp vốn cho việc mở rộng hoạt động kinh doanh của mình, bao gồm, nhưng không giới hạn, việc cấp vốn để thanh toán cho/nhập khẩu máy móc và thiết bị và chi trả chi phí xây dựng nhà máy và phải tuân thủ quy định pháp luật.

Bên cho vay không bị buộc phải giám sát hoặc thẩm tra việc sử dụng bất kỳ Khoản Vay nào.

Lưu ý, đối với khoản vay trong nước, bên vay không được vay vốn để trả nợ cũ (không được đảo nợ), trừ một số ngoại lệ quy định tại Điều 8 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN. Đối với khoản vay nước ngoài, vay ngắn hạn chỉ được sử dụng cho các nhu cầu vốn ngắn hạn mà không được sử dụng cho nhu cầu trung, dài hạn[1]; Ngân hàng Nhà nước có thể không cho đăng ký khoản vay nếu không đăng ký mục đích sử dụng vốn hợp lệ.

IV. RÚT VỐN

Điều khoản này quy định khi nào và làm thế nào để bên vay có thể rút vốn vay (được ngân hàng giải ngân khoản vay). Thông thường bên vay chỉ được rút vốn vay trong một thời hạn nhất định. Quá thời hạn này, các khoản tín dụng đã cam kết nhưng không được giải ngân sẽ tự động bị hủy bỏ.

Nếu muốn được giải ngân, bên vay thường phải cung cấp cho bên cho vay hoặc đại lý tín dụng một Giấy đề nghị giải ngân theo mẫu quy định trong hợp đồng tín dụng. Đề nghị giải ngân phải được bên vay ký và gửi tới bên cho vay (hoặc đại lý tín dụng) trước ngày dự định rút vốn để bên cho vay có đủ thời gian thu xếp khoản tiền vay. Thêm vào đó, bên vay còn phải cung cấp thêm giấy tờ chứng minh mục đích sử dụng khoản vay này là phù hợp với hợp đồng tín dụng.

Bên cho vay chỉ đồng ý giải ngân sau khi đã xác định vào ngày giải ngân: Bên vay đã đáp ứng các điều kiện giải ngân (điều kiện tiên quyết); chưa phát sinh sự kiện vi phạm; các cam đoan và bảo đảm nêu trong hợp đồng tín dụng vẫn đúng và chính xác. Ví dụ, bên cho vay sẽ không cho giải ngân trong trường hợp một trong các giấy phép hành nghề của bên vay bị hết hạn và không được gia hạn.

Lưu ý, hợp đồng tín dụng thường có điều khoản yêu cầu bên vay phải thanh toán phí cam kết theo tỷ lệ phần trăm trên số tiền cam kết chưa giải ngân kể từ ngày ký hợp đồng cho đến khi kết thúc thời hạn giải ngân. Ví dụ:

---

1. Điểm a khoản 1 Điều 11 Thông tư số 12/2014/TT-NHNN ngày 31 tháng 3 năm 2014 của Ngân hàng Nhà nước về điều kiện vay nước ngoài của doanh nghiệp không được Chính phủ bảo lãnh.

Định nghĩa

Thời Hạn Rút Vốn nghĩa là thời hạn kể từ (và bao gồm) Ngày Ký Hợp Đồng đến (và bao gồm) ngày tròn 3 tháng sau Ngày Ký Hợp Đồng.

Đề Nghị Rút Khoản Vay nghĩa là một giấy đề nghị rút vốn do Bên Vay ký nhằm rút vốn một Khoản Vay, có nội dung cơ bản theo mẫu được quy định tại Phụ Lục.

Điều khoản

Bên Vay có thể rút vốn các Khoản Vay trong suốt Thời Hạn Rút Vốn sau khi Bên cho vay đã nhận được một Đề Nghị Rút Khoản Vay do Bên Vay ký hợp lệ chậm nhất là vào lúc 10:00 giờ sáng (theo giờ Việt Nam) một Ngày Làm Việc trước Ngày Rút Khoản Vay dự kiến. Sau khi đã gửi, Đề Nghị Rút Khoản Vay là không hủy ngang.

V. LÃI SUẤT

Lãi suất của một khoản tín dụng thường có hai loại là lãi suất thả nổi và lãi suất cố định.

1. Lãi suất thả nổi

Cấu thành của lãi suất thả nổi bao gồm: Chi phí huy động vốn (cost of funding) - thông thường trong các khoản tín dụng quốc tế thì chi phí huy động vốn được quy định là Libor; Lãi biên của bên cho vay (margin); Và các khoản phí phải trả cho ngân hàng trung ương hay cơ quan nhà nước có thẩm quyền (mandatory costs) - đôi lúc khoản thứ ba này sẽ được bao hàm trong hai khoản đầu. Lãi biên là khoản lợi nhuận mà bên cho vay sẽ thu về từ việc cho vay, thường được xác định cụ thể bằng một tỷ lệ phần trăm theo năm và được quy định trong hợp đồng tín dụng.

Libor là viết tắt của "London Interbank Offered Rate", nghĩa là lãi suất được quy định trong các khoản vay tín dụng giữa các ngân hàng trong thị trường liên ngân hàng Luân đôn. Các ngân hàng thông thường không có sẵn vốn để cho bên vay vay mà phải vay tiền từ các ngân hàng khác với lãi suất thấp hơn và dùng số tiền đó để cho vay lại (match-funding). Thị trường liên ngân hàng là thị trường tiền tệ lớn,

các ngân hàng trên thế giới thường dựa vào mức lãi suất liên ngân hàng của thị trường này (Libor) để xác định chi phí huy động vốn của mình. Libor được xác định theo các yếu tố: Tiền tệ của khoản vay liên ngân hàng; Thời hạn của khoản vay liên ngân hàng; Uy tín tín dụng của ngân hàng vay; Tính thanh khoản của thị trường liên ngân hàng thời điểm đó. Libor được thay đổi theo từng ngày, từng giờ và do vậy, trong hợp đồng tín dụng, định nghĩa của Libor phải quy định rõ ràng ngày và giờ ấn định Libor cho một kỳ hạn tính lãi.

Libor thường được xác định theo lãi suất của thị trường liên ngân hàng Luân đôn và được quản lý bởi ICE Benchmark Administration Limited. Các ngân hàng có thể lấy thông tin về lãi suất từ ICE Benchmark Administration Limited hoặc từ các bên thứ ba cung cấp dịch vụ lãi suất như Bloomberg hay Thompson Reuters. Mức lãi suất này được hình thành trên cơ sở thông tin cung cấp về chi phí huy động vốn của một tập hợp các ngân hàng trong thị trường liên ngân hàng Luân đôn. Các chi phí huy động vốn cao nhất và thấp nhất (nằm trong khoảng 25% cao nhất và 25% thấp nhất) sẽ bị loại bỏ để bảo đảm một mức lãi suất huy động bình quân.

Ngoài lãi suất liên ngân hàng Luân đôn (Libor) thì các nước trên thế giới còn có các lãi suất liên ngân hàng riêng. Ví dụ, Mibor cho thị trường liên ngân hàng Mumbai, Tibor cho thị trường liên ngân hàng Tokyo, Hibor cho thị trường liên ngân hàng Hồng Kông và Vnibor cho thị trường liên ngân hàng Việt Nam. Vnibor thường chỉ được áp dụng cho khoản vay bằng Đồng Việt Nam.

Hợp đồng tín dụng chặt chẽ sẽ có thêm điều khoản về việc xác định Libor hay chi phí huy động vốn trong trường hợp không xác định được lãi suất Libor theo cách thức nói trên. Thông thường, phương pháp nội suy (interpolation) để tính lãi suất liên ngân hàng sẽ được áp dụng dựa trên lãi suất của các kỳ hạn tính lãi tương tự, dựa trên mức lãi suất gần nhất hoặc dựa trên chi phí huy động vốn của một số ngân hàng tham chiếu (reference banks). Các ngân hàng tham chiếu này sẽ cung cấp lãi suất huy động của họ trên thị trường liên ngân hàng để làm lãi suất tham chiếu. Ví dụ:

Định nghĩa

Lãi Biên nghĩa là ba (3) phần trăm một năm.

Điều khoản

Mức lãi suất trên mỗi Khoản Vay trong một Kỳ Hạn Tính Lãi của Khoản Vay đó được tính theo tỷ lệ phần trăm một năm do Bên cho vay quyết định và sẽ là tổng của:

(a) Lãi Biên áp dụng; và

(b) LIBOR áp dụng.

2. Lãi suất cố định

Lãi suất cố định là lãi suất được thỏa thuận và ghi nhận bằng một con số cụ thể trong hợp đồng tín dụng. Tuy vậy, lãi suất cố định vẫn phải bao hàm các thành phần tương tự như việc xác định lãi suất thả nổi nhằm bảo đảm thu về một khoản lợi nhuận cho bên cho vay. Sự khác nhau giữa lãi suất cố định và lãi suất thả nổi là chi phí huy động vốn của lãi suất cố định sẽ không được thả nổi và không linh hoạt thay đổi theo thị trường. Trong các hợp đồng tín dụng áp dụng lãi suất cố định, các bên cho vay thường xác định lãi suất cho vay đủ lớn để loại bỏ các rủi ro về biến động lãi suất trên thị trường hoặc bên cho vay sẽ ký kết một hợp đồng phòng ngừa rủi ro với một bên thứ ba (hedging), trả thêm một khoản phí để bên thứ ba bảo đảm chi trả phần chi phí vay vượt quá lãi suất cố định của bên cho vay theo biến động thị trường.

Vì sự kém linh hoạt và rủi ro thị trường tiềm ẩn, các khoản vay tín dụng có thời hạn dài thường ít khi sử dụng lãi suất cố định hoặc nếu có, sẽ sử dụng cả lãi suất cố định cùng với biện pháp phòng ngừa rủi ro (hedging). Ví dụ:

Điều khoản

Lãi suất trên mỗi Khoản Vay trong một Kỳ Hạn Tính Lãi là chín (9) phần trăm một năm. Kỳ Hạn Tính Lãi đầu tiên đối với một Khoản Vay sẽ bắt đầu vào ngày Rút Vốn và các Kỳ Hạn Tính Lãi sau đó sẽ bắt đầu ngay sau ngày cuối cùng của Kỳ Hạn Tính Lãi liền trước.

3. Kỳ hạn tính lãi

Các hợp đồng tín dụng thường yêu cầu bên vay trả nợ lãi theo từng khoảng thời gian nhất định và thường là theo mỗi kỳ 3 hoặc 6 tháng. Cuối kỳ hạn tính lãi, bên vay sẽ phải trả nợ lãi và kỳ hạn tính lãi tiếp theo có thể sẽ áp dụng một mức lãi suất khác (trong trường hợp lãi suất thả nổi).

Trên thị trường quốc tế, bên cho vay thường huy động lãi suất thấp hơn trong thị trường liên ngân hàng để cho vay lại. Vì thế, kỳ hạn tính lãi theo hợp đồng tín dụng giữa bên vay và bên cho vay sẽ được xác định với một thời hạn tương tự với kỳ hạn tính lãi giữa bên cho vay và bên thứ ba trên thị trường liên ngân hàng. Ví dụ, bên cho vay đi vay trên thị trường liên ngân hàng với kỳ hạn 3 tháng thì kỳ hạn tính lãi giữa bên cho vay và bên vay sẽ có kỳ hạn 3 tháng. Điều này nhằm bảo đảm rằng khi bên vay trả nợ lãi vào cuối kỳ hạn tính lãi 3 tháng thì bên cho vay có thể dùng số tiền đó để trả nợ trên thị trường liên ngân hàng. Nếu bên vay trả lãi trước kỳ hạn, bên vay thường phải chịu thêm một khoản phí (break costs) để bảo đảm rằng bên cho vay có đủ tiền lãi để trả nợ vay thị trường liên ngân hàng.

4. Số ngày trong năm để tính lãi suất

Lãi suất thường được tính bằng một con số phần trăm trên một năm (ví dụ 5%/năm). Theo Thông tư số 39/2016/TT-NHNN một năm được xác định trên cơ sở 365 ngày và lãi suất được tính theo số dư nợ cho vay thực tế và thời gian duy trì số dư nợ cho vay thực tế đó. Trong khi đó, trên thị trường quốc tế thì lãi suất theo năm thường được xác định trên cơ sở 1 năm có 360 ngày.

5. Lãi suất cho vay theo pháp luật Việt Nam

Theo Điều 468 Bộ luật dân sự năm 2015: "Trường hợp các bên có thỏa thuận về lãi suất thì lãi suất theo thỏa thuận không được vượt quá 20%/năm của khoản tiền vay, trừ trường hợp luật khác có liên quan quy định khác". Trong trường hợp lãi suất thỏa thuận vượt quá lãi suất giới hạn được quy định thì phần lãi suất vượt quá sẽ không có hiệu lực.

Trong hoạt động cấp tín dụng của các tổ chức tín dụng và chi nhánh ngân hàng nước ngoài tại Việt Nam, Ngân hàng Nhà nước đã cho phép các bên được thỏa thuận lãi suất cho vay[1].

6. Lãi suất quá hạn

Nếu bên vay không thực hiện việc trả nợ đúng hạn theo quy định trong hợp đồng tín dụng, lãi suất quá hạn sẽ được áp dụng trên khoản nợ quá hạn đó. Thông thường đó sẽ là một tỷ lệ phần trăm (%) cộng thêm trên lãi suất cho vay trong hạn. Trong các hợp đồng tín dụng quốc tế, lãi quá hạn thường cao hơn từ 1% đến 2% lãi suất cho vay trong hạn bởi nếu mức lãi quá hạn cao hơn có thể sẽ không được công nhận. Lãi suất quá hạn theo luật của các nước trong hệ thống thông luật (Common law) được coi là sự đền bù hợp lý cho bên cho vay khi bên vay trả nợ quá hạn.

Đối với các hợp đồng tín dụng mà bên cho vay là tổ chức tín dụng và chi nhánh ngân hàng nước ngoài tại Việt Nam, lãi suất quá hạn đối với tiền gốc chậm trả là 150% lãi suất cho vay trong hạn. Lãi suất quá hạn đối với tiền lãi chậm trả là 10%/năm, tính trên dư lãi chậm trả tương ứng với thời gian chậm trả[2].

7. Biến động thị trường

Hợp đồng tín dụng thường sẽ quy định rõ thế nào là một sự kiện biến động thị trường (ví dụ như khủng bố). Khi xảy ra sự kiện biến động thị trường mà không thể xác định lãi suất thả nổi hoặc trong trường hợp chi phí huy động vốn của bên cho vay vượt quá mức chi phí vốn trong hợp đồng tín dụng thì điều khoản về biến động thị trường sẽ được áp dụng. Về căn bản, điều khoản này yêu cầu các bên phải thỏa thuận để tìm ra một phương thức xác định lãi suất khác và nếu không thể thỏa thuận được thì bên cho vay có quyền quyết định phương thức xác định lãi suất mới. Theo thông lệ trên thị trường tín dụng quốc tế, điều khoản này nhằm bảo vệ lợi ích của bên cho vay trong các biến cố của thị trường và chuyển toàn bộ rủi ro sang cho bên vay.

1. Điều 13 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN.
2. Khoản 4 Điều 13 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN.

VI. CÁC KHOẢN PHÍ

Tùy thuộc vào tính chất của từng loại giao dịch mà bên vay phải trả thêm các khoản phí khác nhau theo quy định trong hợp đồng tín dụng.

Lưu ý, các tổ chức tín dụng và chi nhánh ngân hàng nước ngoài tại Việt Nam chỉ được thu các loại phí sau:

- Phí trả nợ trước hạn trong trường hợp khách hàng trả nợ trước hạn;
- Phí trả cho hạn mức tín dụng dự phòng;
- Phí thu xếp cho vay hợp vốn;
- Phí cam kết rút vốn kể từ thời điểm thỏa thuận cho vay có hiệu lực đến ngày giải ngân vốn vay lần đầu;
- Các loại phí khác liên quan đến hoạt động cho vay được quy định cụ thể tại văn bản quy phạm pháp luật liên quan.

Dưới đây là một số loại phí thường gặp trong các hợp đồng tín dụng quốc tế.

1. Phí cam kết (commitment fee)

Phí cam kết thường được áp dụng đối với khoản vay có thời hạn rút vốn dài trên 3 tháng. Theo thông lệ quốc tế, phí cam kết thường được tính theo tỷ lệ phần trăm (%) trên số tiền bên cho vay cam kết cho vay nhưng chưa được giải ngân và được tính kể từ thời điểm ký hợp đồng tín dụng cho đến hết thời hạn giải ngân hoặc đến khi khoản tín dụng đã được giải ngân hết hoặc đã bị hủy bỏ. Các ngân hàng quốc tế thường phải chịu chi phí để bảo đảm duy trì tỷ lệ an toàn vốn khi cam kết cho vay mặc dù thực tế chưa cho vay. Vì vậy, phí cam kết thường được dùng để bù đắp các khoản chi phí này.

2. Phí đại lý (agency fee)

Đây là khoản phí mà bên vay phải trả cho các ngân hàng thực hiện chức năng đại lý, ví dụ như đại lý tín dụng, đại lý nhận bảo đảm. Khoản phí này nhằm bù đắp các công việc liên quan đến việc quản lý khoản tín dụng, quản lý tài sản bảo đảm. Phí đại lý thường là một số tiền cụ thể tính theo năm.

3. Phí trả trước/phí trả một lần (front end fee)

Phí trả trước thường được trả một lần ngay sau khi ký kết hợp đồng tín dụng hoặc trả trước khi giải ngân. Khoản phí này dùng để thanh toán cho bên cho vay các chi phí liên quan đến các công việc mà bên cho vay đã thực hiện trước khi ký kết hợp đồng tín dụng, ví dụ như việc thực hiện các công việc thẩm định tín dụng, điều phối các bên, đàm phán và ký hợp đồng. Khoản phí này thường là một số tiền cụ thể hay phần trăm (%) của khoản tín dụng cam kết.

4. Phí thu xếp (arrangement fee)

Phí thu xếp được coi như một loại phí trả trước khi giải ngân và dùng để trả cho bên đã thu xếp khoản tín dụng trong trường hợp cấp tín dụng hợp vốn. Bên thu xếp sẽ phải thực hiện các công việc như điều tra về bên vay, dàn xếp và tổng hợp các bên cho vay, vì vậy, khoản phí này dành để chi trả cho công sức của bên dàn xếp đã bỏ ra.

5. Phí bảo lãnh cấp vốn (underwriting fee)

Trong một khoản tín dụng hợp vốn, nghĩa vụ cho vay của mỗi bên cho vay là độc lập với nhau và một bên cho vay không phải chịu trách nhiệm về việc cung cấp tín dụng của bên cho vay khác. Tuy nhiên, bên vay có thể không chấp nhận rủi ro thiếu hụt vốn vay trong trường hợp một bên cho vay không thể giải ngân và có thể yêu cầu một bên cho vay đứng ra bảo lãnh cấp vốn cho toàn bộ khoản tín dụng. Nghĩa là, bên bảo lãnh sẽ chịu trách nhiệm cho vay bổ sung trong trường hợp một bên cho vay không giải ngân một phần khoản vay. Trong trường hợp này, bên vay sẽ phải thanh toán một khoản phí bảo lãnh cấp vốn cho bên bảo lãnh vì lý do bên bảo lãnh đã phải nhận thêm trách nhiệm cấp tín dụng cho một bên cho vay khác.

6. Phí hủy bỏ (cancellation fee)

Trong trường hợp bên vay không rút vốn hoặc chỉ rút vốn một phần khoản tín dụng đã cam kết, khoản tín dụng hoặc phần còn lại chưa giải ngân sẽ bị hủy bỏ vào cuối thời hạn rút vốn và bên vay phải trả một khoản phí hủy bỏ. Khoản phí này thường được áp dụng cho việc vay

tín dụng để mua tài sản cố định hay đầu tư dự án. Khi tham gia đấu thầu cho các dự án, bên vay thường phải vay để chứng minh nguồn vốn sẵn có và khi đấu thầu thất bại thì bên vay sẽ không còn nhu cầu sử dụng khoản tín dụng đã cam kết. Trong trường hợp này, bên cho vay thường phải áp dụng thêm phí hủy bỏ để bảo đảm lợi nhuận.

VII. LOẠI TIỀN CHO VAY TRONG NƯỚC VÀ VAY NỢ NƯỚC NGOÀI

1. Vay trong nước

Theo các quy định của pháp luật về ngoại hối thì phần lớn các giao dịch cho vay ký tại Việt Nam phải bằng Đồng Việt Nam.

Việc lựa chọn loại tiền tệ trong hợp đồng tín dụng được xác định chủ yếu thông qua cơ cấu tiền tệ trong thu nhập và nhu cầu vay vốn của bên vay. Nếu thu nhập của bên vay chủ yếu bằng Đồng Việt Nam và không có mục đích sử dụng vốn vay cho các giao dịch quốc tế thì bên cho vay sẽ không được cho vay bằng ngoại tệ.

Lưu ý, pháp luật Việt Nam quy định tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài được quyết định cho vay bằng ngoại tệ đối với các nhu cầu vốn như sau[1]:

- Để thanh toán ra nước ngoài tiền nhập khẩu hàng hóa, dịch vụ khi bên vay có đủ ngoại tệ từ nguồn thu sản xuất, kinh doanh để trả nợ vay;

- Cho vay ngắn hạn đối với một số doanh nghiệp nhập khẩu xăng dầu;

- Cho vay ngắn hạn để đáp ứng các nhu cầu vốn ngắn hạn ở trong nước nhằm thực hiện phương án sản xuất, kinh doanh hàng hóa xuất khẩu qua cửa khẩu biên giới Việt Nam mà bên vay có đủ ngoại tệ từ nguồn thu xuất khẩu để trả nợ vay;

1. Điều 3 Thông tư số 24/2015/TT-NHNN ngày 8 tháng 12 năm 2015 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam quy định cho vay bằng ngoại tệ của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài đối với khách hàng vay là người cư trú (được sửa đổi, bổ sung theo Thông tư số 31/2016/TT-NHNN ngày 15 tháng 11 năm 2016).

- Cho vay để đầu tư ra nước ngoài đối với các dự án, công trình quan trọng quốc gia được Quốc hội, Chính phủ hoặc Thủ tướng Chính phủ quyết định chủ trương đầu tư và đã được Bộ Kế hoạch và Đầu tư cấp Giấy chứng nhận đầu tư ra nước ngoài;

- Các nhu cầu vốn ngoài quy định trên thuộc lĩnh vực ưu tiên, khuyến khích phát triển sản xuất, kinh doanh sau khi được Ngân hàng Nhà nước chấp thuận bằng văn bản.

Đối với khoản vay bằng ngoại tệ ở tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài mà bên vay là người cư trú, nếu bên vay vay bằng ngoại tệ nào thì phải trả nợ gốc và lãi vốn vay bằng ngoại tệ đó; trường hợp trả nợ bằng ngoại tệ khác, thì thực hiện theo thỏa thuận giữa bên cho vay và bên vay phù hợp với quy định của pháp luật liên quan.

Trường hợp khi đến hạn trả nợ vay bằng ngoại tệ, do nguyên nhân khách quan dẫn đến nguồn ngoại tệ từ hoạt động sản xuất, kinh doanh của bên vay bị chậm thanh toán, bên vay chưa có đủ ngoại tệ từ hoạt động sản xuất, kinh doanh hoặc nguồn thu ngoại tệ hợp pháp khác để trả nợ vay và được bên cho vay thẩm định, xác nhận bằng văn bản, thì bên cho vay bán ngoại tệ cho bên vay để trả nợ vay và bên vay cam kết khi nhận được ngoại tệ từ hoạt động sản xuất, kinh doanh sẽ bán lại số ngoại tệ đó cho bên cho vay.

2. Vay nợ nước ngoài

Các khoản vay nước ngoài thông thường là bằng ngoại tệ. Trong trường hợp bên cho vay là người không cư trú có nguồn thu hợp pháp bằng Đồng Việt Nam (ví dụ như từ cổ tức được chia bằng Đồng Việt Nam) thì có thể cho vay bằng Đồng Việt Nam.

Khoản vay ngắn hạn (với thời hạn vay không quá 1 năm) từ nước ngoài không phải đăng ký với Ngân hàng Nhà nước nhưng phải được sử dụng vào nhu cầu vốn ngắn hạn (ví dụ như cho vay phục vụ nhu cầu vốn lưu động).

Khoản vay trung, dài hạn nước ngoài (thời hạn cho vay dài hơn 1 năm hoặc khoản vay ngắn hạn nhưng được gia hạn mà tổng thời hạn là

trên 1 năm, phải được đăng ký với Ngân hàng Nhà nước[1]. Bên vay phải đăng ký khoản vay từ nước ngoài và đăng ký các thay đổi đối với khoản vay đó. Thông thường, các hợp đồng tín dụng đều quy định cụ thể việc đăng ký này là nghĩa vụ của bên vay và bên vay chỉ được rút vốn sau khi đã hoàn tất đăng ký khoản vay.

Bên vay phải mở một tài khoản thanh toán tại một tổ chức tín dụng được phép thực hiện hoạt động ngoại hối để thực hiện các giao dịch chuyển tiền liên quan đến khoản vay nợ nước ngoài (như rút vốn, trả nợ gốc và nợ lãi). Bên vay được mua ngoại tệ tại tổ chức tín dụng được phép cho vay để thanh toán nợ gốc, lãi và phí liên quan đến khoản vay nước ngoài trên cơ sở xuất trình các chứng từ, văn bản chứng minh nhu cầu thanh toán ngoại tệ.

VIII. TRẢ NỢ VAY

1. Thanh toán gốc và lãi

Trả nợ vay là một trong những điều khoản quan trọng nhất của hợp đồng tín dụng. Thông thường, đối với khoản vay có thời hạn, tiền gốc và lãi có thể trả một lần hoặc theo đợt. Đối với các khoản vay tuần hoàn, tiền gốc và lãi được trả vào cuối mỗi kỳ hạn tính lãi.

Nợ gốc có thể được trả vào cuối thời hạn khoản vay (bullet repayment) hoặc bằng nhiều đợt thanh toán (balloon repayment). Lãi có thể được thanh toán từng đợt (1, 3 hoặc 6 tháng). Tùy dòng tiền và khả năng trả nợ của bên vay, các bên có thể thỏa thuận một giai đoạn ân hạn đối với nợ gốc. Ví dụ, bên vay không phải trả nợ gốc trong thời gian xây dựng cơ bản (thông thường từ 12 đến 36 tháng).

Đối với lãi suất, các bên cho vay thường không thỏa thuận giai đoạn ân hạn do lãi thường được tính vào thu nhập/lợi nhuận của các bên cho vay. Ví dụ:

---

1. Điều 9 Thông tư số 03/2016/TT-NHNN ngày 26 tháng 2 năm 2016 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam hướng dẫn về quản lý ngoại hối đối với việc vay, trả nợ nước ngoài của doanh nghiệp được sửa đổi, bổ sung bởi Thông tư 05/2017/TT-NHNN ngày 30-6-2017.

Điều khoản

Trả nợ gốc

Bên Vay phải hoàn trả lại toàn bộ các Khoản Vay trong tám (8) đợt bằng nhau trên cơ sở mỗi quý trả một (1) đợt bắt đầu từ ngày tròn 39 tháng kể từ Ngày Rút Khoản Vay đầu tiên.

Ngày thanh toán lãi

Tiền lãi tích lũy trên mỗi Khoản Vay phải được Bên Vay thanh toán vào ngày cuối cùng của mỗi Kỳ Hạn Tính Lãi áp dụng cho Khoản Vay đó.

2. Trả nợ trước hạn và hủy bỏ khoản vay

Tùy vào thỏa thuận của các bên, bên vay có thể chọn trả nợ trước ngày quy định trong hợp đồng tín dụng hoặc bị buộc phải trả nợ trước hạn trong một số trường hợp nhất định. Bên vay có thể mong muốn trả nợ trước hạn khi có đủ nguồn vốn trả nợ để giảm thiểu gánh nặng lãi suất. Các trường hợp trả nợ bắt buộc có hai loại chính:

- Trả nợ trước hạn bắt buộc do bất hợp pháp: Điều khoản bất hợp pháp cho phép bên cho vay có quyền không tiếp tục cấp vốn và yêu cầu bên vay phải trả nợ trước hạn trong trường hợp việc cấp vốn vay hoặc duy trì các khoản vay trở nên bất hợp pháp, nguyên nhân của trường hợp này thường là do sự thay đổi của pháp luật (ví dụ, lệnh cấm vận giữa các nước). Bên vay thường yêu cầu việc bất hợp pháp phải phát sinh sau ngày ký hợp đồng tín dụng vì vào thời điểm ký, bên cho vay biết hoặc phải biết là việc cấp tín dụng có hợp pháp hay không. Bên vay thường phải đưa ra một cam đoan hay bảo đảm rằng việc cấp khoản vay cho bên vay là hợp pháp.

- Trả nợ trước hạn bắt buộc do thay đổi quyền kiểm soát: Khi quyền kiểm soát doanh nghiệp được chuyển giao cho một tổ chức, cá nhân khác (ví dụ, phát sinh từ chuyển nhượng cổ phần), các bên cho vay có thể yêu cầu bên vay phải trả nợ trước hạn. Điều này nhằm kiểm soát việc bên vay có thay đổi về nội bộ dẫn đến thiệt hại hoặc khấu hao tài sản, ảnh hưởng đến việc trả nợ hoặc cầm cố cổ phần của bên vay.

Một người thường được cho là nắm quyền kiểm soát doanh nghiệp trong các trường hợp sau[1]:

- Sở hữu trên 50% vốn điều lệ hoặc tổng số cổ phần phổ thông của công ty;

- Có quyền trực tiếp hoặc gián tiếp quyết định bổ nhiệm đa số hoặc tất cả thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc của công ty;

- Có quyền quyết định việc sửa đổi, bổ sung điều lệ của công ty.

Ngoài ra, việc trả nợ trước hạn có thể xảy ra trong các trường hợp khác, ví dụ như khi bên vay bán một số tài sản lớn không nằm trong việc kinh doanh hằng ngày và có nguồn thu nhập dư thừa vượt quá một ngưỡng nhất định theo thỏa thuận trước đó của các bên hoặc khi bên vay huy động vốn thông qua việc phát hành cổ phiếu hoặc trái phiếu trên thị trường vốn. Trong các trường hợp trả nợ trước hạn, bên vay có thể phải trả một khoản phí trả nợ trước hạn cho bên cho vay cộng thêm các loại phí hành chính cho việc trả nợ trước hạn. Do khoản vay cũng là một khoản đầu tư của bên cho vay, bên cho vay có thể yêu cầu thêm một khoản đền bù (break cost) cho việc khoản vay đầu tư bị rút ngắn hơn dự kiến.

Trong trường hợp bên vay không còn nhu cầu sử dụng tất cả khoản cam kết cho vay, thì bên vay có thể thỏa thuận hủy bỏ khoản vay chưa giải ngân còn lại trong thời gian cam kết cho vay và có thể không phải trả phí cam kết cho phần hủy bỏ.

IX. CÁC KHOẢN THUẾ VÀ CHI PHÍ GIA TĂNG

1. Thuế

Các điều khoản thỏa thuận về thuế nhằm bảo đảm rằng bên cho vay sẽ nhận được các khoản thanh toán từ bên vay trên cơ sở ròng (net). Thông thường, các khoản thuế phát sinh trên số tiền thanh toán sẽ do bên vay gánh chịu bao gồm thuế VAT hoặc các loại thuế khấu trừ

1. Điều 189 Luật doanh nghiệp năm 2014.

tại nguồn, ví dụ như thuế nhà thầu nước ngoài tại Việt Nam mà bên vay phải khấu trừ trước khi nộp thuế.

2. Chi phí tăng thêm

Mục đích của điều khoản này nhằm bảo vệ thu nhập của bên cho vay trong trường hợp có các sự kiện xảy ra làm tăng thêm chi phí cho vay của bên cho vay. Trong quá trình cho vay, các chi phí phát sinh thêm như các khoản phí bên cho vay phải thanh toán từ việc cho vay, khoản tăng thêm do thay đổi luật khiến chi phí vốn tăng lên, v.v., sẽ được cộng thêm vào tổng số tiền mà bên vay phải thanh toán. Ví dụ:

Điều khoản

Các ví dụ về Chi Phí Tăng Thêm

Trong Hợp Đồng này **chi phí tăng thêm** nghĩa là, liên quan đến Bên Vay:

(a) một khoản chi phí bổ sung mà Bên cho vay hoặc bất kỳ Công Ty Trực Thuộc nào của Bên cho vay gánh chịu xuất phát từ việc Bên cho vay ký kết, hoặc thực hiện, duy trì hoặc cấp vốn cho các nghĩa vụ của mình theo Hợp Đồng này đối với Bên Vay; hoặc

(b) sự suy giảm giá trị của bất kỳ số tiền nào mà Bên Vay phải thanh toán cho Bên cho vay hoặc sự suy giảm giá trị của khoản lợi nhuận mà Bên cho vay nhận được theo quy định tại Hợp Đồng này.

X. CÁC ĐIỀU KIỆN TIÊN QUYẾT

Các điều kiện tiên quyết là các điều kiện bên vay phải thỏa mãn trước khi có thể rút được vốn để bảo đảm rằng tất cả các vấn đề pháp lý đều hợp lệ và các văn kiện tín dụng đều đã được ký nhận hợp pháp. Bên vay thông thường muốn các điều kiện tiên quyết càng đơn giản càng tốt để có thể dễ dàng rút vốn. Trong khi đó, bên cho vay lại mong muốn các điều kiện tiên quyết phải đủ để bảo đảm quyền lợi của mình.

Các điều kiện tiên quyết điển hình bao gồm:

- Tất cả các văn bản thành lập của công ty vay vốn và những bên bảo đảm hoặc bảo lãnh, có thể bao gồm: Điều lệ, Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư, Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, v.v.;

- Tất cả các văn bản chứng minh việc ký kết các văn kiện tín dụng là hợp lệ (ví dụ: Điều lệ bên vay cho phép bên vay được đi vay vốn, Nghị quyết của Hội đồng thành viên hoặc Hội đồng quản trị thông qua khoản vay và cử người có thẩm quyền của bên vay ký các văn kiện tín dụng có liên quan);

- Tất cả các chấp thuận cần thiết từ các cơ quan nhà nước có thẩm quyền (ví dụ: Chấp thuận của Ngân hàng Nhà nước liên quan đến các khoản vay nước ngoài của bên vay là doanh nghiệp Việt Nam);

- Tất cả các biện pháp bảo đảm đã được đăng ký với các cơ quan đăng ký giao dịch bảo đảm có liên quan;

- Báo cáo tài chính được kiểm toán mới nhất của công ty. Việc yêu cầu báo cáo này nhằm kiểm tra hoạt động và khả năng trả nợ của bên vay;

- Ý kiến pháp lý của tổ chức hành nghề Luật sư về thẩm quyền ký của bên vay và các bên có nghĩa vụ liên quan cũng như hiệu lực, khả năng cưỡng chế thi hành của các văn bản tín dụng;

- Các khoản phí và chi phí phải thanh toán trước ngày giải ngân có liên quan đã được thanh toán;

- Không phát sinh các sự kiện bất lợi đáng kể đối với hoạt động và khả năng trả nợ của bên vay;

- Không xảy ra một sự kiện vi phạm hoặc sự kiện vi phạm tiềm tàng nào;

- Các cam đoan và bảo đảm về các sự kiện thực tế đúng và chính xác.

Tùy thuộc vào tính chất của từng dự án cũng như vị thế của mỗi bên mà người tham gia soạn thảo và đàm phán phải xác định được những điều kiện tiên quyết cụ thể áp dụng cho giao dịch có liên quan. Để làm được việc này, người tham gia soạn thảo và đàm phán phải xem xét toàn bộ hồ sơ giao dịch và xác định những rủi ro mà mỗi bên có thể gặp phải, xử lý những rủi ro đó (nếu có thể) để thông qua các điều kiện tiên quyết mà bên vay phải hoàn tất trước khi giải ngân.

XI. CÁC CAM ĐOAN VÀ BẢO ĐẢM VỀ CÁC SỰ KIỆN THỰC TẾ

Bên cho vay thường buộc bên vay đưa ra các cam đoan và bảo đảm để: Khẳng định lại các thông tin quan trọng liên quan trực tiếp đến khoản tín dụng mà bên cho vay không thể tự mình thẩm định hoặc không muốn chịu trách nhiệm thẩm định, ngừng cấp vốn hoặc tuyên bố một sự kiện vi phạm đã phát sinh nếu các cam đoan và bảo đảm không đúng sự thật tại thời điểm được đưa ra. Do đó, Luật sư của bên cho vay thường soạn thảo điều khoản cam đoan và bảo đảm một cách mở rộng, nhằm bao trùm được hết các rủi ro.

Tùy thuộc vào tính chất của dự án và bên vay, các cam đoan và bảo đảm có thể rất khác nhau và thường được chia thành hai loại: Các vấn đề pháp lý và các vấn đề thương mại.

Các cam đoan và bảo đảm về các vấn đề pháp lý thường bao gồm:

- Bên vay được thành lập hợp pháp, có thẩm quyền vay và đưa ra tài sản bảo đảm;

- Bên vay đã hoàn tất các thủ tục nội bộ để ký các văn kiện tín dụng;

- Đã có các chấp thuận cần thiết từ cơ quan nhà nước có thẩm quyền;

- Việc ký kết hợp đồng tín dụng là hợp pháp và không mâu thuẫn với pháp luật, với các văn bản thành lập và với các thỏa thuận, hợp đồng nào khác của bên vay;

- Các văn kiện tín dụng có hiệu lực và có khả năng cưỡng chế thi hành.

Các cam đoan và bảo đảm về các vấn đề thương mại thường bao gồm:

- Các thông tin và số liệu tài chính bên vay cung cấp là chính xác;

- Không có thay đổi bất lợi về tình hình tài chính hoặc hoạt động kinh doanh của bên vay;

- Không có các thủ tụng tố tụng (Tòa án hoặc Trọng tài) liên quan đến bên vay;

- Không có các thủ tục phá sản liên quan đến bên vay.

Lưu ý, các bên phải thỏa thuận khi nào các cam đoan và bảo đảm phải chính xác. Các bên cho vay sẽ muốn các cam đoan và bảo đảm phải đúng tại mọi thời điểm trong suốt thời hạn của khoản vay. Trong khi đó, bên vay thường không muốn điều này do không thể kiểm soát việc tuân thủ các cam đoan và bảo đảm này trong một thời gian dài nên thường đàm phán các cam đoan và bảo đảm chính xác vào ngày ký hợp đồng và vào các ngày giải ngân để bên vay dễ kiểm soát và tuân thủ các cam đoan và bảo đảm của mình. Do vậy, thường có một điều khoản riêng về thời điểm đưa ra các cam đoan và bảo đảm. Ví dụ:

Điều khoản

Thời điểm đưa ra các cam đoan và bảo đảm

Các cam đoan và bảo đảm được quy định tại Điều này (cam đoan và bảo đảm):

(a) được đưa ra vào Ngày Ký Hợp Đồng; và

(b) được xem là được Bên Vay tái khẳng định vào:

(i) ngày đưa ra từng Đề Nghị Rút Khoản Vay; và

(ii) ngày đầu tiên của mỗi Kỳ Hạn Tính Lãi,

trong từng trường hợp có tham chiếu đến các sự việc và hoàn cảnh tồn tại tại thời đểm đó.

XII. CÁC CAM KẾT (COVENANTS)

Cam kết là sự kiểm soát của bên cho vay đối với bên vay nhằm giúp bên cho vay có thể kiểm soát và bảo đảm rằng bên cho vay sẽ nhận lại được khoản vay từ bên vay. Cam kết là một trong những điều khoản chính trong một hợp đồng tín dụng nhằm giúp bên cho vay theo dõi và kiểm soát bên vay sau khi hợp đồng tín dụng đã được ký kết.

Cam kết là lời hứa rằng bên vay sẽ thực hiện hoặc không thực hiện một số hành vi cụ thể theo yêu cầu của bên cho vay.

Mục đích của điều khoản cam kết trong một hợp đồng tín dụng là để bảo vệ khoản vay đến hết mức có thể bằng cách kiểm soát các tài sản và hoạt động kinh doanh của bên vay. Tùy thuộc vào tính chất của dự án và bên vay, các cam kết có thể rất khác nhau. Tuy nhiên, có ba loại cam kết điển hình:

- *Những cam kết chung* - Những cam kết được tạo ra nhằm kiểm soát tình hình chung của bên vay bằng những nghĩa vụ mà bên vay phải thực hiện hoặc không thực hiện. Những ví dụ điển hình:

+ Nghĩa vụ phải nhận được tất cả các văn bản cho phép;

+ Tuân thủ pháp luật và văn kiện nội bộ công ty;

+ Nghĩa vụ phải bảo hiểm;

+ Xếp hạng nghĩa vụ thanh toán;

+ Không vay các khoản vay khác nếu không được bên cho vay đồng ý;

+ Hạn chế thực hiện các giao dịch định đoạt tài sản, mua lại quyền sở hữu hoặc thay đổi kinh doanh;

+ Không cung cấp tài sản bảo đảm cho bên thứ ba nếu không được bên cho vay đồng ý.

> ***Điều khoản***
>
> ***Biện pháp bảo đảm không được phép***
>
> Trừ khi có chấp thuận trước bằng văn bản của Bên cho vay, Bên Vay sẽ không và bảo đảm rằng các Công Ty Con của Bên Vay sẽ không tạo lập hoặc cho phép phát sinh hoặc tồn tại bất kỳ biện pháp hạn chế quyền hoặc biện pháp bảo đảm nào đối với bất kỳ tài sản nào của Bên Vay.

- *Cam kết thông tin* - Những lời hứa về việc cung cấp thông tin của bên vay cho bên cho vay để chứng minh sự tuân thủ của bên vay đối với những điều khoản trong hợp đồng tín dụng. Tính chất và mức độ chi tiết của cam kết này sẽ tùy thuộc vào khoản vay. Những cam kết thông tin điển hình là:

+ Cung cấp báo cáo tài chính và giấy chứng nhận tuân thủ;

+ Không vi phạm;

+ Kiểm tra thông tin “hiểu biết về khách hàng của mình” (Know Your Client - KYC);

+ Thông báo bên cho vay về bất kỳ sự kiện vi phạm nào có thể hoặc đã xảy ra.

Điều khoản

Các Báo Cáo

(a) trong 180 ngày sau khi kết thúc từng năm tài chính của Bên Vay (bắt đầu với năm kết thúc vào ngày 31 tháng 12 năm 2016), các báo cáo đã được kiểm toán của Bên Vay tính đến thời điểm kết thúc năm tài chính đó; và

(b) trong 90 ngày sau khi kết thúc sáu tháng đầu năm của từng năm tài chính của Bên Vay (bắt đầu với kỳ hạn sáu tháng kết thúc vào ngày 30 tháng 06 năm 2016), các báo cáo tài chính của Bên Vay tính đến thời điểm kết thúc cho kỳ hạn sáu tháng liên quan.

- *Các cam kết tài chính* - Những cam kết buộc bên vay phải duy trì điều kiện tài chính ở một mức nhất định. Điều khoản này sẽ tùy thuộc vào mô hình tài chính của bên cho vay cũng như tùy thuộc vào hệ số mà các bên sử dụng trong giao dịch. Điều khoản này có thể được đàm phán rất kỹ càng vì các cam kết này là dấu hiệu cảnh báo quan trọng cho các bên cho vay rằng một số vấn đề đang diễn ra. Ngoài ra, nó còn là cơ sở cho định giá giao dịch. Một số cam kết điển hình là:

+ Tỷ lệ tăng trưởng;

+ Giá trị tài sản ròng hữu hình hợp nhất sẽ không thấp hơn x;

+ Tổng số nợ tài chính hợp nhất sẽ không vượt quá x% giá trị tài sản ròng hữu hình hợp nhất;

+ Tỷ lệ đòn bẩy.

XIII. CÁC SỰ KIỆN VI PHẠM (EVENTS OF DEFAULT) VÀ CÁC BIỆN PHÁP XỬ LÝ (REMEDIES)

Các điều khoản về sự kiện vi phạm xác định các trường hợp mà bên cho vay có thể từ chối cung cấp khoản vay cho bên vay hoặc thực hiện một số biện pháp khác để giảm thiểu nguy cơ không thu hồi được nợ. Vì lý do này, đây là một trong những điều khoản được đàm phán kỹ nhất trong hợp đồng tín dụng.

1. Sự kiện vi phạm

Sự kiện vi phạm là các sự kiện được liệt kê chi tiết trong hợp đồng tín dụng, tạo cho bên cho vay quyền tạm hoãn hoặc từ chối không

tiếp tục cho vay hoặc thu hồi toàn bộ nợ trước hạn (bao gồm cả khoản gốc và khoản lãi). Một số các sự kiện vi phạm điển hình là:

- Các vi phạm đối với hợp đồng tín dụng;

- Sự vi phạm các cam kết;

- Mất khả năng thanh toán, thủ tục mất khả năng thanh toán và các vấn đề có liên quan;

- Tính bất hợp pháp/Hiệu lực của các văn bản tín dụng/Sự không công nhận;

- Vi phạm chéo là một trong những sự kiện vi phạm chính và cũng là một điều khoản được đàm phán rất chi tiết. Khi bên vay không thanh toán bất kỳ hợp đồng nào khác thì bên vay sẽ tự động bị xem là đã vi phạm hợp đồng tín dụng. Điều khoản này có mục đích bảo vệ bên cho vay khỏi những tác động đến từ bên vay, và nếu cần thiết, cho phép bên cho vay thu nợ trước hạn;

- Thay đổi bất lợi nghiêm trọng (material adverse change - MAC): Theo điều khoản này, bên cho vay sẽ tự động xem là bên vay đã vi phạm hợp đồng tín dụng nếu có sự thay đổi bất lợi nghiêm trọng đối với bên vay mà sự thay đổi đó dẫn đến việc bên vay không thể tuân thủ với bất kỳ điều khoản nào trong hợp đồng tín dụng. Điều khoản này sẽ luôn được đàm phán kỹ càng và chi tiết nếu bên cho vay muốn đưa điều khoản này vào hợp đồng tín dụng;

- Bất hợp pháp (illegality): Bên cho vay sẽ muốn tuyên bố rằng bên vay đã vi phạm nếu việc bên vay tiếp tục thực hiện nghĩa vụ của bên vay theo quy định của hợp đồng tín dụng là bất hợp pháp. Bên cho vay không thể mạo hiểm trong việc ủng hộ bên vay làm trái với quy định của pháp luật, do đó, lựa chọn duy nhất của bên cho vay là hủy bỏ khoản vay. Tương tự, bên cho vay sẽ muốn tuyên bố một sự kiện vi phạm khi bên vay bị từ chối hoặc bị thu hồi bất kỳ chấp thuận hoặc giấy phép cần thiết để thực hiện nghĩa vụ của bên vay theo quy định của hợp đồng tín dụng. Bên vay sẽ muốn đàm phán để quy định rằng chỉ những sự kiện có tính chất nghiêm trọng mới được quy định trong điều khoản này. Hoặc theo hướng tốt nhất, bên vay sẽ không muốn quy định điều khoản

này là một sự kiện vi phạm vì bên vay không có bất kỳ quyền hạn nào để quản lý bất kỳ thay đổi hay quy định nào của pháp luật. Thay vào đó, bên vay sẽ muốn điều khoản này được quy định là một sự chấm dứt khoản vay trước hạn do có yếu tố bất hợp pháp.

Điều khoản

Vi Phạm Chéo

(a) Bất kỳ khoản Nợ nào của Bên Vay hoặc bất kỳ thành viên nào trong Tập Đoàn không được thanh toán khi đáo hạn (sau khi hết hạn bất kỳ thời gian ân hạn ban đầu);

(b) Bất kỳ khoản nợ nào của Bên Vay hoặc bất kỳ thành viên nào trong Tập Đoàn bị tuyên bố là hoặc trở nên đến hạn và phải thanh toán trước ngày đáo hạn quy định của khoản nợ đó do đã xảy ra sự kiện vi phạm (dưới bất kỳ hình thức nào);

(c) Bất kỳ khoản cam kết cho vay nào hoặc bất kỳ khoản nợ nào của Bên Vay hoặc bất kỳ thành viên nào trong Tập Đoàn bị chủ nợ hủy bỏ hoặc tạm ngưng do đã xảy ra sự kiện vi phạm (dưới bất kỳ hình thức nào); hoặc

(d) Bất kỳ chủ nợ nào của Bên Vay hoặc của bất kỳ thành viên nào trong Tập Đoàn có quyền tuyên bố bất kỳ khoản nợ nào của Bên Vay hoặc thành viên Tập Đoàn đến hạn và phải thanh toán trước ngày đáo hạn quy định của khoản nợ đó do đã xảy ra sự kiện vi phạm (dưới bất kỳ hình thức nào).

Thay Đổi Bất Lợi Đáng Kể

Bất kỳ sự kiện hay trường hợp nào có ảnh hưởng bất lợi đáng kể đến: (1) Tình trạng tài chính hoặc hoạt động kinh doanh hoặc đến tình trạng tài chính hợp nhất hoặc (2) Khả năng thực hiện và tuân thủ các nghĩa vụ của mình theo quy định tại Các Văn Bản Tín Dụng mà tổ chức/cá nhân đó là một bên giao kết.

Bất Hợp Pháp

Nếu việc Bên cho vay thực hiện bất kỳ nghĩa vụ nào của mình theo quy định tại Hợp Đồng này hoặc việc cấp vốn hoặc duy trì bất kỳ Khoản Vay nào mà Bên Vay sẽ rút là hoặc sẽ trở nên bất hợp pháp tại bất kỳ quốc gia nào, thì khi đó:

(a) Bên cho vay có thể thông báo cho Bên Vay về việc đó; và

(b) Bên Vay phải, trong thời hạn được pháp luật hiện hành cho phép, hoặc nếu không có thời hạn nào được cho phép, ngay lập tức trả trước hạn (mà không phải trả phí trả thêm hoặc phí phạt nhưng tùy thuộc vào quy định tại Điều 22.2 (Các khoản bồi thường khác)) toàn bộ các Khoản Vay đã cấp cho Bên Vay cùng với toàn bộ các khoản tiền khác mà Bên Vay phải thanh toán cho Bên cho vay theo quy định tại Hợp Đồng này; và Khoản Cam Kết Cho Vay chưa được rút sẽ bị hủy bỏ ngay lập tức.

2. Biện pháp xử lý

Khi một sự kiện vi phạm xảy ra, bên cho vay sẽ lựa chọn một số biện pháp xử lý, có thể bao gồm:

- Từ chối không tiếp tục cho vay nếu như khoản cam kết vẫn chưa giải ngân hết;
- Thu nợ trước hạn;
- Xử lý tài sản bảo đảm.

Bên cho vay có thể sẽ không thực hiện bất kỳ biện pháp xử lý nào nêu trên. Nếu nhận định rằng sự kiện vi phạm liên quan là không đủ nghiêm trọng để hủy bỏ khoản vay, bên cho vay có thể yêu cầu bên vay trả thêm một khoản phí để tiếp tục cung cấp khoản vay. Khi nhận thấy sự kiện vi phạm đã thay đổi giao dịch thì bên cho vay có thể coi đây là lý do then chốt để yêu cầu bên vay trở lại bàn đàm phán.

XIV. CÁC ĐIỀU KHOẢN TIÊU CHUẨN (BOILERPLATE PROVISIONS)

Mặc dù việc đàm phán các điều khoản tiêu chuẩn không phức tạp do chúng có tính chất thông dụng và ít liên quan đến các vấn đề thương mại và pháp lý, nhưng lại có vai trò rất quan trọng khi xảy ra tranh chấp giữa các bên trong hợp đồng tín dụng. Dưới đây là một số các điều khoản tiêu chuẩn điển hình:

1. Luật áp dụng

Đối với các hợp đồng tín dụng quốc tế thì luật áp dụng thông thường là luật của bang New York hoặc luật Anh Quốc, hoặc đôi khi là luật

Hồng Kông hoặc Xingapo. Việc chọn luật áp dụng phụ thuộc hoàn toàn vào thỏa thuận của các bên.

Bộ luật dân sự năm 2015 chỉ cho phép chọn luật nước ngoài trong các quan hệ pháp luật có yếu tố nước ngoài. Tuy nhiên, pháp luật nước ngoài sẽ không được áp dụng trong các trường hợp sau đây[1]:

- Hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam;

- Nội dung của pháp luật nước ngoài không xác định được mặc dù đã áp dụng các biện pháp cần thiết theo quy định của pháp luật tố tụng.

Trường hợp pháp luật nước ngoài không được áp dụng theo quy định nói trên thì pháp luật Việt Nam được áp dụng. Pháp luật Việt Nam cũng được áp dụng trong các hợp đồng có đối tượng là bất động sản tại Việt Nam, ví dụ như hợp đồng thế chấp bất động sản.

Lưu ý, trong hoạt động cấp tín dụng hợp vốn theo Thông tư số 42/2011/TT-NHNN, hợp đồng hợp vốn phải "tuân thủ" pháp luật Việt Nam và hợp đồng tín dụng phải "phù hợp" với pháp luật Việt Nam[2].

2. Giải quyết tranh chấp

Có hai loại cơ quan giải quyết tranh chấp chính hiện nay là Tòa án và Trọng tài.

Cần lưu ý rằng, bản án của Tòa án nước ngoài có rủi ro không được công nhận hoặc thi hành tại Việt Nam trừ khi Việt Nam và nước có liên quan ký kết điều ước quốc tế về công nhận và thi hành bản án của Tòa án nước ngoài hoặc trên cơ sở có đi có lại.

Trên thực tế, mặc dù Việt Nam là nước thành viên của Công ước New York năm 1958 về việc công nhận và thi hành quyết định của Trọng tài nước ngoài được tuyên tại lãnh thổ của các quốc gia thành viên của công ước, Tòa án Việt Nam có thể từ chối công nhận và thi hành các quyết định của Trọng tài nước ngoài nếu việc công nhận và

1. Điều 670 Bộ luật dân sự năm 2015.
2. Điều 11 và Điều 12 Thông tư số 42/2011/TT-NHNN.

cho thi hành bản án, quyết định dân sự của Trọng tài nước ngoài tại Việt Nam trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

3. Đại lý tiếp nhận tài liệu tố tụng

Nếu cơ quan giải quyết tranh chấp nằm ngoài lãnh thổ nơi bên vay thành lập hoặc hiện diện, thì bất kỳ hồ sơ tố tụng nào gửi đến bên vay đều phải sử dụng dịch vụ "ngoài lãnh thổ" - một dịch vụ mất rất nhiều thời gian. Do đó, thông thường bên vay sẽ cử ra một đại lý tiếp nhận tài liệu tố tụng. Việc sử dụng đại lý tiếp nhận tố tụng sẽ giúp bên vay có một địa chỉ tiếp nhận cố định và tránh tình trạng bên cho vay phải nộp đơn xin phép Tòa án cho bên cho vay được khởi kiện và gửi tài liệu tố tụng đến bên vay. Có rất nhiều công ty cung cấp dịch vụ này với một mức phí cụ thể. Trong một số trường hợp, bên vay có thể đề cử các công ty con của mình làm đại lý tiếp nhận nhưng việc đề cử này có thể gặp rủi ro khi các công ty con bị giải thể hoặc bán cho một bên thứ ba. Đề cử đại lý tiếp nhận tài liệu tố tụng là các cơ quan đại diện ngoại giao hoặc lãnh sự của nước bên vay tại khu vực tài phán có liên quan thường không được khuyến khích, nhằm tránh trường hợp bên vay xin miễn trừ tài phán.

4. Bù trừ nghĩa vụ

Một hợp đồng tín dụng thông thường sẽ có một điều khoản quy định rằng bên vay cho phép bên cho vay có quyền (nhưng không phải nghĩa vụ) bù trừ bất kỳ nghĩa vụ nào đã đến hạn của bên vay mà bên cho vay còn nợ bên vay. Tuy nhiên, bên vay sẽ không có quyền bù trừ này.

5. Thay đổi các bên

Về nguyên tắc, bên vay không có quyền chuyển nhượng khoản vay khi không có sự đồng ý của bên cho vay, còn bên cho vay có quyền chuyển nhượng sau khi đã thông báo cho bên vay. Tuy nhiên, điều khoản này có thể thay đổi tùy theo sự thỏa thuận của các bên trong mỗi hợp đồng tín dụng. Các hình thức chuyển nhượng hoặc thay đổi điển hình nhất (theo pháp luật của Anh và xứ Wales hay pháp luật New York) là:

- Chuyển giao quyền (assignment): Bên cho vay có thể chỉ chuyển giao quyền mà không chuyển nhượng nghĩa vụ cho một bên thứ ba. Thông thường, bên cho vay sẽ áp dụng điều khoản này khi đang cần vốn, gặp các vấn đề về thuế, thu lợi nhuận, v.v.. Bên cho vay sẽ không cần phải có sự chấp thuận của bên vay khi chuyển giao quyền. Tuy nhiên, bên cho vay vẫn sẽ thông báo cho bên vay để bên vay thanh toán trực tiếp các khoản tiền liên quan cho bên nhận chuyển giao quyền.

- Chuyển nhượng quyền và nghĩa vụ (transfer/novation): Điều khoản này cho phép bên cho vay chuyển nhượng cả quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng tín dụng cho một bên thứ ba.

- Bổ sung bên vay (additional borrowers): Theo yêu cầu của bên vay, các công ty con được bên vay sở hữu 100% có thể trở thành các bên vay bổ sung khi các công ty con gửi thỏa thuận gia nhập và đáp ứng các điều kiện tiên quyết được đặt ra trong hợp đồng tín dụng. Bên vay (ngoài bên vay chính - công ty mẹ) có thể rút khỏi hợp đồng tín dụng nếu bên vay đó không còn bất kỳ nghĩa vụ nào và đã thanh toán hết mọi khoản vay tồn đọng và đến hạn.

- Tham gia góp vốn (participation): Bên cho vay có thể cho phép các tổ chức khác tham gia góp vốn thông qua một thỏa thuận góp vốn độc lập với hợp đồng tín dụng khi giải ngân cho bên vay. Thỏa thuận tham gia góp vốn chỉ liên quan đến bên cho vay và bên tham gia góp vốn, thế nên về bản chất, không cần sự chấp thuận của bên vay. Theo thỏa thuận tham gia góp vốn, khi bên vay cần vốn, bên cho vay sẽ thông báo cho bên góp vốn và sau đó bên góp vốn sẽ góp một phần tiền trong tổng số tiền mà bên cho vay giải ngân cho bên vay. Khi bên vay trả tiền vay thì bên cho vay sẽ chia phần tiền tương ứng cho bên tham gia góp vốn.

6. Hiệu lực từng phần

Điều khoản

Nếu một điều khoản của bất kỳ Văn Bản Tín Dụng nào trở nên bất hợp pháp, vô hiệu hoặc không thể thi hành được tại bất kỳ quốc gia nào, thì điều khoản đó sẽ không ảnh hưởng đến hiệu lực hoặc khả năng thi hành của bất kỳ điều khoản nào khác trong Các Văn Bản Tín Dụng.

7. Ngôn ngữ

Ngôn ngữ thông thường áp dụng trong hợp đồng tín dụng quốc tế là tiếng Anh.

Lưu ý, hợp đồng tín dụng trong nước phải được lập bằng tiếng Việt hoặc bằng cả tiếng Việt và tiếng nước ngoài[1].

8. Thông báo

Điều khoản tiêu chuẩn sẽ bao gồm điều khoản quy định hình thức thông báo giữa các bên. Đây là một điều khoản rất quan trọng vì thông thường, hợp đồng tín dụng sẽ quy định rằng, một số quyền hạn và lợi ích của các bên sẽ không được thực hiện nếu một bên không thông báo cho bên còn lại. Thông thường, điều khoản sẽ quy định rằng hợp đồng phải nêu rõ chức vụ, địa chỉ, số điện thoại, số fax, email của người sẽ thay mặt các bên nhận thông báo có liên quan.

9. Thỏa thuận toàn bộ

Điều khoản này sẽ quy định rằng hợp đồng tín dụng và các văn bản được các bên chỉ định sẽ cấu thành toàn bộ thỏa thuận và giao kết của các bên theo quy định tại hợp đồng. Điều khoản này nhằm bảo đảm rằng các bên khi ký kết hợp đồng tín dụng sẽ không dựa vào bất kỳ cam đoan, bảo đảm bằng miệng hoặc bằng văn bản nào khác.

> ***Điều khoản***
>
> **Thỏa Thuận Toàn Bộ**
>
> Hợp Đồng này cấu thành toàn bộ thỏa thuận và giao kết của các bên liên quan đến các nghĩa vụ của các bên theo quy định tại Hợp Đồng này và thay thế bất kỳ thỏa thuận nào trước đó, dù là rõ ràng hoặc ngụ ý, liên quan đến các nghĩa vụ của các bên theo quy định tại Hợp Đồng này.

1. Điều 6 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN.

Chương 9
TƯ VẤN QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ

Sở hữu trí tuệ hay tài sản trí tuệ (intellectual property) là thuật ngữ được nhắc tới rất nhiều trong thời gian vừa qua. Dưới góc độ kinh tế, khái niệm sở hữu trí tuệ/tài sản trí tuệ là khái niệm dùng để chỉ một loại tài sản vô hình phát sinh từ hoạt động sáng tạo của con người. Dưới góc độ pháp luật, quyền sở hữu trí tuệ là một nhóm quyền của cá nhân, tổ chức, gồm ba nhóm cơ bản: Quyền tác giả và quyền liên quan, quyền sở hữu công nghiệp, và quyền với giống cây trồng. Mỗi doanh nghiệp hoạt động trên thị trường đều sử dụng ít nhất một loại tài sản trí tuệ. Bảo vệ tài sản trí tuệ chính là bảo vệ hoạt động của doanh nghiệp. Doanh nghiệp càng lớn, thị trường càng đa dạng thì nhu cầu bảo vệ tài sản trí tuệ càng cao. Do vậy, tư vấn sở hữu trí tuệ là một lĩnh vực hành nghề nhiều triển vọng của Luật sư.

Chương 9 trình bày các vấn đề liên quan đến hai nhóm quyền thuộc lĩnh vực sở hữu trí tuệ mà các Luật sư thường xuyên tiếp xúc trong quá trình hành nghề là: Quyền tác giả và quyền liên quan, quyền sở hữu công nghiệp. Từ đó giới thiệu về lịch sử, điều kiện hành nghề, kinh doanh dịch vụ cũng như đưa ra một số lưu ý cho Luật sư và các tổ chức hành nghề luật sư trong hoạt động cung cấp dịch vụ sở hữu trí tuệ.

Khung pháp lý điều chỉnh các vấn đề trên chủ yếu được quy định tại Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 được sửa đổi, bổ sung năm 2009 (sau đây gọi tắt là Luật sở hữu trí tuệ năm 2005) và các văn bản hướng dẫn thi hành. Ngoài ra, quy định về sở hữu trí tuệ cũng xuất hiện trong các luật

chuyên ngành khác như Luật doanh nghiệp năm 2014 (đặt tên doanh nghiệp, góp vốn bằng quyền sở hữu trí tuệ), Luật thương mại năm 2005 (nhượng quyền thương mại), Luật cạnh tranh năm 2004 (cạnh tranh không lành mạnh về sở hữu trí tuệ) và Luật chuyển giao công nghệ năm 2006, sắp tới được thay thế bằng Luật chuyển giao công nghệ năm 2017 - có hiệu lực từ ngày 01-7-2018 (công nghệ được chuyển giao là quyền sở hữu trí tuệ). Danh sách các văn bản quy phạm pháp luật về sở hữu trí tuệ được liệt kê tại Bảng 11 Phụ lục.

Việt Nam hiện đã trở thành thành viên của nhiều điều ước quốc tế đa phương và song phương về sở hữu trí tuệ như: Hiệp định về các khía cạnh của quyền sở hữu trí tuệ liên quan tới thương mại (TRIPS) năm 1994, Công ước Pari về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp năm 1883 (được sửa đổi năm 1900, 1911, 1925, 1934, 1958, 1967, 1979), Hiệp ước hợp tác sáng chế (PCT) năm 1970 (sửa đổi, bổ sung năm 1979, 1984), Thỏa ước Madrid liên quan tới đăng ký nhãn hiệu quốc tế năm 1891 (sửa đổi, bổ sung năm 1979), Công ước Berne về bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm văn học và nghệ thuật năm 1886 (sửa đổi, bổ sung năm 1896, 1908, 1914, 1928, 1948, 1967, 1971), Hiệp định thương mại song phương Việt Nam - Hoa Kỳ (BTA) năm 2000, Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - Liên minh châu Âu (EVFTA) năm 2015, v.v.. Đặc biệt, cam kết về sở hữu trí tuệ trong những năm gần đây cũng thường xuất hiện trong các hiệp định khu vực về thương mại và đầu tư. Tất cả những điều trên đều cho thấy tầm quan trọng của sở hữu trí tuệ với môi trường kinh doanh nói chung. Tham gia và thực hiện các cam kết bảo hộ sở hữu trí tuệ ngày càng sâu rộng chính là nước cờ quan trọng của các nước đang phát triển, đổi lại các ưu đãi trong các vòng đàm phán hiệp định thương mại.

Cùng với sự phát triển chung, nghề luật sư trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ trên thế giới và tại Việt Nam đã xuất hiện cùng với sự hình thành của pháp luật sở hữu trí tuệ và nhu cầu xác lập quyền sở hữu trí tuệ của cá nhân, tổ chức.

Dịch vụ sở hữu trí tuệ được thực hiện qua các hoạt động như: Tư vấn pháp luật sở hữu trí tuệ, đại diện trước cơ quan nhà nước về xác lập quyền và thực thi quyền sở hữu trí tuệ, v.v..

Trên thế giới, các hãng luật đầu tiên kinh doanh dịch vụ luật sở hữu trí tuệ xuất hiện từ rất sớm, có thể kể đến như: Barlow, Josephs & Holmes (Hoa Kỳ - năm 1857), Fitch, Even, Tabin & Flannery (Hoa Kỳ - năm 1859), YUASA and HARA (Nhật Bản - năm 1902), Dr. Helen Papaconstantinou, John Filias & Associates (Hy Lạp - năm 1920), Domnern Somgiat & Boonma (Thái Lan - năm 1947), Baker & McKenzie (Hoa Kỳ - năm 1949), NGB Corporation (Nhật Bản - năm 1959) v.v..

Tại Việt Nam, các văn phòng, công ty luật đầu tiên về sở hữu trí tuệ được thành lập vào những năm 90 của thế kỷ XX, trong bối cảnh nền kinh tế Việt Nam đang chuyển dần sang nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Sự ra đời của Luật đầu tư nước ngoài năm 1987, cũng như Bộ luật dân sự năm 1995 với một phần nội dung đề cập đến sở hữu công nghiệp đã tạo môi trường pháp lý thuận lợi cho các công ty nước ngoài đầu tư kinh doanh tại Việt Nam, trong đó có nhiều công ty luật về sở hữu trí tuệ. Nhiều văn phòng luật sư Việt Nam chuyên về sở hữu trí tuệ đầu tiên thành lập trong giai đoạn này do người từng là Thẩm định viên của Cục Sở hữu trí tuệ sáng lập.

Các vấn đề pháp lý được trình bày dưới đây chủ yếu được phân tích theo quy định của Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành, cũng như từ kinh nghiệm thực tế về việc áp dụng pháp luật có liên quan.

A. QUYỀN TÁC GIẢ VÀ QUYỀN LIÊN QUAN

I. QUYỀN TÁC GIẢ

1. Mục đích và ý nghĩa của việc xây dựng pháp luật về quyền tác giả

Quyền tác giả và quyền liên quan là một phần của quyền sở hữu trí tuệ, bên cạnh quyền sở hữu công nghiệp và quyền đối với giống cây trồng. Đối tượng quyền tác giả bao gồm: Tác phẩm văn học - nghệ thuật, khoa học. Đối tượng quyền liên quan bao gồm: Cuộc biểu diễn, bản ghi âm, ghi hình, chương trình phát sóng, tín hiệu vệ tinh mang

chương trình được mã hóa. Các quyền này có tính chất khá đặc biệt vì vừa là một quyền tài sản, vừa là một quyền phi tài sản. Ví dụ, tác giả một tác phẩm nghệ thuật có quyền chuyển nhượng tác phẩm của mình để hưởng một quyền lợi vật chất (quyền tài sản). Tuy nhiên, việc chuyển nhượng không bao gồm quyền nhân thân, tức là dù đã chuyển nhượng cho người khác, nhưng tác giả vẫn được quyền đứng tên trên tác phẩm, có quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm, không cho người khác sửa chữa, cắt xén hoặc xuyên tạc tác phẩm gây ảnh hưởng đến danh dự và uy tín của tác giả (quyền phi tài sản).

Quyền tác giả là quyền của tổ chức, cá nhân đối với tác phẩm do họ sáng tạo ra hoặc sở hữu. Đây là một quyền độc quyền được pháp luật trao cho tác giả hoặc chủ sở hữu quyền tác giả trong việc sao chép tác phẩm và phân phối hoặc phổ biến tác phẩm đến công chúng bằng bất kỳ phương thức hoặc phương tiện nào.

Quyền tác giả và quyền liên quan được Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định trong phần thứ hai bao gồm 45 điều khoản, từ Điều 13 đến Điều 57. Việc xây dựng chế độ pháp lý về quyền tác giả có ý nghĩa tích cực đối với sự phát triển văn hóa - nghệ thuật, nghiên cứu khoa học, bởi lẽ:

- Bảo hộ quyền lợi chính đáng của tác giả, ngăn chặn và xử lý các hành vi xâm phạm quyền tác giả là hoạt động nhằm khuyến khích sự sáng tạo của các tác giả;

- Tạo hành lang pháp lý giúp cân bằng lợi ích của tác giả, người truyền bá và công chúng, thúc đẩy việc xây dựng và hoàn thiện trật tự xã hội trong lĩnh vực văn hóa - nghệ thuật, tạo điều kiện cho việc phổ biến tác phẩm hay, làm cho tinh thần phục vụ xã hội của các tác phẩm ngày càng tốt hơn;

- Khuyến khích, động viên công chúng tích cực tham gia hoạt động sáng tạo, hoạt động văn hóa, góp phần nâng cao trình độ dân trí;

- Về phương diện quốc tế, việc tham gia các công ước quốc tế về quyền tác giả sẽ góp phần thúc đẩy giao lưu và hợp tác văn hóa giữa các quốc gia.

2. Chủ thể của quyền tác giả

a) Tác giả:

Tác giả là người trực tiếp sáng tạo ra một phần hoặc toàn bộ tác phẩm văn học - nghệ thuật và khoa học. Bao gồm các đối tượng như sau:

- Cá nhân Việt Nam có tác phẩm được bảo hộ quyền tác giả;

- Cá nhân nước ngoài có tác phẩm được sáng tạo và thể hiện hình thức vật chất nhất định tại Việt Nam;

- Cá nhân nước ngoài có tác phẩm được công bố lần đầu tại Việt Nam;

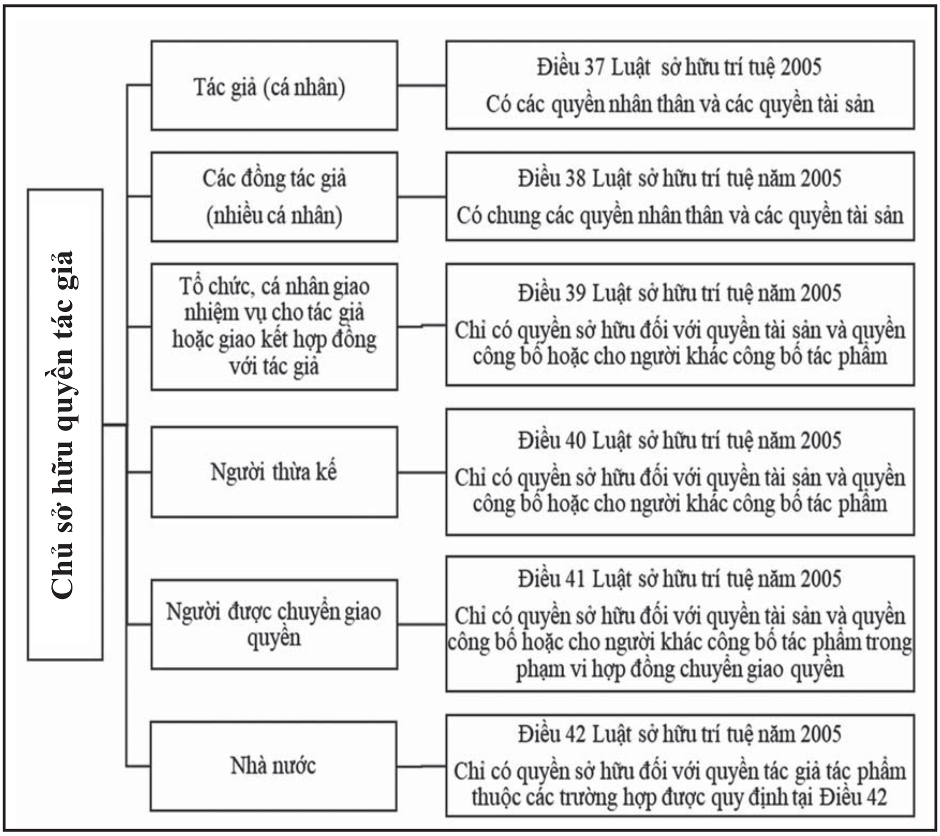
- Cá nhân nước ngoài có tác phẩm được bảo hộ tại Việt Nam theo điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

Lưu ý, những người làm công việc hỗ trợ, góp ý kiến hoặc cung cấp tư liệu cho người sáng tạo ra tác phẩm không được công nhận là tác giả.

Luật pháp không chỉ bảo hộ tác phẩm của một cá nhân mà còn bảo hộ tác phẩm do nhiều tác giả sáng tạo. Một tác phẩm được xem là có đồng tác giả khi tác phẩm đó do hai hay nhiều người cùng sáng tạo nên.

b) Chủ sở hữu quyền tác giả:

Chủ sở hữu quyền tác giả là người độc quyền sử dụng, định đoạt tác phẩm, có thể là một cá nhân, nhiều cá nhân hoặc tổ chức. Tuy nhiên, bất luận trong trường hợp nào, quyền nhân thân vẫn luôn thuộc về cá nhân tác giả. Ví dụ, một cá nhân tự mình bỏ thời gian, tài chính, cơ sở vật chất - kỹ thuật để sáng tạo ra tác phẩm, thì cá nhân đó chính là tác giả, đồng thời là chủ sở hữu quyền tác giả và được độc quyền toàn bộ về quyền nhân thân, quyền tài sản. Tuy nhiên, nếu cá nhân đó sáng tác tác phẩm trên cơ sở được cơ quan hay tổ chức giao nhiệm vụ, hoặc trên cơ sở hợp đồng giao việc, thì người sáng tạo ra tác phẩm chỉ là tác giả và chỉ có quyền nhân thân, còn quyền tài sản thuộc về cơ quan hay tổ chức giao nhiệm vụ hoặc của chủ thể giao việc trong hợp đồng giao việc. Đây cũng chính là các đối tượng có tư cách chủ sở hữu quyền tác giả trong trường hợp này.



3. Khách thể của quyền tác giả

Khách thể của quyền tác giả (loại hình tác phẩm được bảo hộ) là tác phẩm do tác giả trực tiếp sáng tạo bằng lao động trí tuệ của mình mà không sao chép từ tác phẩm của người khác. Thứ được pháp luật bảo hộ trong tác phẩm chính là sự sáng tạo. Luật pháp không quan tâm đến giá trị của tác phẩm, do đó dù tác phẩm ngắn hay dài, hay hay dở thì đều được bảo hộ quyền tác giả như nhau.

Theo Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, các loại hình tác phẩm được bảo hộ bao gồm:

- Tác phẩm văn học, khoa học, sách giáo khoa, giáo trình và tác phẩm khác được thể hiện dưới dạng chữ viết hoặc ký tự khác (tác phẩm thể hiện dưới dạng ký tự khác là tác phẩm được thể hiện bằng các ký hiệu thay cho chữ viết như chữ nổi cho người khiếm thị, ký hiệu tốc ký

và các ký hiệu tương tự khác mà các đối tượng tiếp cận có thể sao chép được bằng nhiều hình thức khác nhau);

- Bài giảng, bài phát biểu và bài nói khác là loại hình tác phẩm thể hiện bằng ngôn ngữ nói và phải được định hình dưới một hình thức vật chất nhất định. Trong trường hợp tác giả tự thực hiện việc định hình bài giảng, bài phát biểu, bài nói khác dưới hình thức bản ghi âm, ghi hình, thì tác giả được hưởng quyền tác giả đối với bài giảng, bài phát biểu, bài nói khác, đồng thời là chủ sở hữu và có quyền đối với bản ghi âm, ghi hình theo quy định tại khoản 2 Điều 44 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005;

- Tác phẩm báo chí bao gồm các thể loại: Phóng sự, ghi nhanh, tường thuật, phỏng vấn, phản ánh, điều tra, bình luận, xã luận, chuyên luận, ký báo chí và các thể loại báo chí khác nhằm đăng, phát trên báo in, báo nói, báo hình, báo điện tử hoặc các phương tiện khác;

- Tác phẩm âm nhạc là tác phẩm được thể hiện dưới dạng nhạc nốt trong bản nhạc hoặc các ký tự âm nhạc khác có hoặc không có lời, không phụ thuộc vào việc trình diễn hay không trình diễn;

- Tác phẩm sân khấu là tác phẩm thuộc các loại hình nghệ thuật biểu diễn, bao gồm kịch (kịch nói, nhạc vũ kịch, ca kịch, kịch câm), xiếc, múa, múa rối và các loại hình tác phẩm sân khấu khác;

- Tác phẩm điện ảnh và tác phẩm được tạo ra theo phương pháp tương tự là những tác phẩm được hợp thành bằng hàng loạt hình ảnh liên tiếp tạo nên hiệu ứng chuyển động kèm theo hoặc không kèm theo âm thanh, được thể hiện trên một chất liệu nhất định và có thể phân phối, truyền đạt tới công chúng bằng các thiết bị kỹ thuật, công nghệ, bao gồm loại hình phim truyện, phim tài liệu, phim khoa học, phim hoạt hình và các loại hình tương tự khác;

- Tác phẩm tạo hình, mỹ thuật ứng dụng là tác phẩm được thể hiện bởi đường nét, màu sắc, hình khối, bố cục như: Hội họa, đồ họa, điêu khắc, nghệ thuật sắp đặt và các hình thức thể hiện tương tự, tồn tại dưới dạng độc bản. Riêng đối với loại hình đồ họa, có thể được thể hiện tới phiên bản thứ năm mươi được đánh số thứ tự có chữ ký của

tác giả. Tác phẩm mỹ thuật ứng dụng là tác phẩm được thể hiện bởi đường nét, màu sắc, hình khối, bố cục với tính năng hữu ích có thể gắn liền với một đồ vật hữu ích, được sản xuất hàng loạt bằng tay hoặc bằng máy như: Biểu trưng, hàng thủ công mỹ nghệ, hình thức thể hiện trên sản phẩm, bao bì sản phẩm;

- Tác phẩm nhiếp ảnh là tác phẩm thể hiện hình ảnh của thế giới khách quan trên vật liệu bắt sáng hoặc trên phương tiện mà hình ảnh được tạo ra hay có thể được tạo ra bằng bất cứ phương pháp kỹ thuật nào (hóa học, điện tử hoặc phương pháp khác). Hình ảnh tĩnh được lấy ra từ một tác phẩm điện ảnh hay tương tự như điện ảnh không được coi là tác phẩm nhiếp ảnh mà là một phần của tác phẩm điện ảnh đó;

- Tác phẩm kiến trúc là các bản vẽ thiết kế dưới bất kỳ hình thức nào thể hiện ý tưởng sáng tạo về ngôi nhà, công trình xây dựng, quy hoạch không gian (quy hoạch xây dựng) đã hoặc chưa xây dựng. Tác phẩm kiến trúc bao gồm: Các bản vẽ thiết kế về mặt bằng, mặt đứng, mặt cắt, phối cảnh, thể hiện ý tưởng sáng tạo về ngôi nhà, công trình, tổ hợp công trình kiến trúc, tổ chức không gian, kiến trúc cảnh quan của một vùng, một đô thị, hệ thống đô thị, khu chức năng đô thị, khu dân cư nông thôn. Mô hình, sa bàn về ngôi nhà, công trình xây dựng hoặc quy hoạch không gian được coi là tác phẩm kiến trúc độc lập;

- Bản họa đồ, sơ đồ, bản đồ, bản vẽ liên quan đến địa hình, kiến trúc, công trình khoa học;

- Tác phẩm văn học - nghệ thuật dân gian là sáng tạo tập thể trên nền tảng truyền thống của một nhóm hoặc các cá nhân nhằm phản ánh khát vọng của cộng đồng, thể hiện tương xứng đặc điểm văn hóa - xã hội của họ, các tiêu chuẩn và giá trị được lưu truyền bằng cách mô phỏng hoặc bằng cách khác. Tác phẩm văn học, nghệ thuật dân gian bao gồm: Truyện, thơ, câu đố, điệu hát, làn điệu âm nhạc, điệu múa, vở diễn, nghi lễ và các trò chơi, sản phẩm nghệ thuật đồ họa, hội họa, điêu khắc, nhạc cụ, hình mẫu, kiến trúc và các loại hình nghệ thuật khác được thể hiện dưới bất kỳ hình thức vật chất nào;

- Chương trình máy tính, sưu tập dữ liệu là tập hợp các chỉ dẫn được thể hiện dưới dạng các lệnh, các mã, lược đồ hoặc bất kỳ dạng nào khác, khi gắn vào một phương tiện mà máy tính đọc được, có khả năng làm cho máy tính thực hiện được một công việc hoặc đạt được một kết quả cụ thể. Chương trình máy tính được bảo hộ như tác phẩm văn học, dù được thể hiện dưới dạng mã nguồn hay mã máy. Sưu tập dữ liệu là tập hợp có tính sáng tạo thể hiện ở sự tuyển chọn, sắp xếp các tư liệu dưới dạng điện tử hoặc dạng khác. Việc bảo hộ quyền tác giả đối với sưu tập dữ liệu không bao hàm chính các tư liệu trong bộ sưu tập, không gây phương hại đến quyền tác giả của chính tư liệu.

4. Nội dung quyền tác giả

a) Quyền tài sản:

Quyền tài sản của tác giả chỉ phát sinh khi có sự công bố tác phẩm. Đây là khoản tiền nhuận bút, tiền thù lao hay quyền lợi vật chất khác mà người sử dụng tác phẩm phải trả cho tác giả. Việc sử dụng tác phẩm có nhiều hình thức khác nhau, tạo thành các quyền tài sản được quy định tại Điều 20 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005[1]. Quyền tài sản do tác giả hoặc chủ sở hữu quyền tác giả độc quyền thực hiện hoặc cho phép người khác thực hiện.

Ngược lại đối với quyền nhân thân, tác giả hoặc chủ sở hữu quyền tác giả có quyền chuyển nhượng một phần hay toàn bộ quyền tài sản cho người khác. Do đó khi thiết lập hợp đồng chuyển nhượng quyền tác giả hay hợp đồng chuyển quyền sử dụng quyền tác giả, căn cứ vào mục đích và yêu cầu của người sử dụng, tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả cần lưu ý điều khoản phạm vi chuyển giao quyền. Người sử dụng chỉ nhận được những quyền tài sản mà tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả chuyển giao trong phạm vi được quy định trong hợp đồng.

---

1. Điều 20 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định các quyền tài sản bao gồm: Làm tác phẩm phái sinh; Biểu diễn tác phẩm trước công chúng; Sao chép tác phẩm; Phân phối, nhập khẩu bản gốc hoặc bản sao tác phẩm; Truyền đạt tác phẩm đến công chúng bằng phương tiện hữu tuyến, vô tuyến, mạng thông tin điện tử hoặc bất kỳ phương tiện kỹ thuật nào khác; Cho thuê bản gốc hoặc bản sao tác phẩm điện ảnh, chương trình máy tính.

b) Quyền nhân thân:

Quyền nhân thân hay còn gọi là quyền tinh thần của tác giả là một quyền lợi phi tài sản và không thể chuyển nhượng. Quyền nhân thân của tác giả bao gồm quyền đặt tên, đứng tên trên tác phẩm, quyền công bố tác phẩm và quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm[1].

Quyền đặt tên tác phẩm và quyền đứng tên trên tác phẩm là quyền thể hiện sự tôn trọng danh tính của tác giả, là quyền của người sáng tạo kể từ lúc thai nghén cho đến lúc khai sinh ra tác phẩm, đồng thời thể hiện nguồn gốc của tác phẩm trước công chúng. Tuy nhiên, cần lưu ý quyền đặt tên tác phẩm không áp dụng đối với tác phẩm dịch từ ngôn ngữ này sang ngôn ngữ khác[2]. Ngoài ra, tác giả còn có quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm, đây là quyền thể hiện sự tôn trọng tác phẩm. Tác giả được yêu cầu người phổ biến tác phẩm tuyệt đối không được sửa đổi về hình thức cũng như về nội dung của tác phẩm. Ví dụ, không được cắt xén, sửa đổi, xuyên tạc giai điệu hay ca từ của một ca khúc.

Hợp đồng chuyển giao quyền tác giả sẽ bị tuyên vô hiệu nếu có những điều khoản chuyển nhượng hay chuyển quyền sử dụng các quyền nhân thân được quy định tại khoản 1, 2 và 4 Điều 19 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005. Riêng đối với công bố tác phẩm, tác giả có quyền chuyển giao, cho phép người khác thực hiện quyền này. Tác giả có toàn quyền quyết định thời gian và không gian phổ biến tác phẩm của mình ra công chúng, quy định này thể hiện quyền tự do cá nhân của tác giả. Trước khi công bố, tác phẩm là một phần không tách rời trong nhân thân của

1. Điều 19 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định các quyền nhân thân bao gồm: Đặt tên cho tác phẩm; Đứng tên thật hoặc bút danh trên tác phẩm, được nêu tên thật hoặc bút danh khi tác phẩm được công bố, sử dụng; Công bố tác phẩm hoặc cho phép người khác công bố tác phẩm; Bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm, không cho người khác sửa chữa, cắt xén hoặc xuyên tạc tác phẩm dưới bất kỳ hình thức nào gây phương hại đến danh dự và uy tín của tác giả.

2. Khoản 1 Điều 22 Nghị định số 100/2006/NĐ-CP ngày 21 tháng 9 năm 2006 của Chính phủ hướng dẫn Bộ luật Dân sự, Luật sở hữu trí tuệ về quyền tác giả và quyền liên quan được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 85/2011/NĐ-CP ngày 20 tháng 9 năm 2011, và bởi Nghị định số 01/2012/NĐ-CP ngày 4 tháng 1 năm 2012 (sau đây gọi tắt là Nghị định số 100/2006/NĐ-CP).

tác giả, song sau khi công bố nó sẽ trở thành một tài sản, các quyền lợi vật chất của tác giả cũng phát sinh từ đó. Nói cách khác, sự công bố tác phẩm làm phát sinh quyền lợi tài sản đối với tác giả.

Về phương diện pháp lý, khi một tác phẩm được chuyển nhượng cho người thứ ba, người này trở thành chủ sở hữu tác phẩm. Thực tế khi tác giả chuyển nhượng tác phẩm, có nghĩa tác giả đã có ý chí công bố, phổ biến tác phẩm của mình. Sau khi phổ biến, tác phẩm trở thành một tài sản, tài sản này đã được chuyển cho người thứ ba, do đó, người này có toàn quyền sử dụng và khai thác với điều kiện phải tôn trọng sự toàn vẹn của tác phẩm. Về bản chất, quyền phổ biến, công bố tác phẩm thật sự vẫn là của tác giả mà không hề được chuyển giao, người thứ ba chỉ thực hiện hoạt động phổ biến, công bố tác phẩm thông qua sự cho phép của tác giả. Người thứ ba sau khi mua tác phẩm (trở thành chủ sở hữu tác phẩm) thì việc cho hay không cho người khác sử dụng tác phẩm chỉ là việc thực hiện quyền sở hữu đối với tài sản, chứ không phải là thực hiện quyền nhân thân. Tóm lại, chủ sở hữu quyền tác giả không đồng thời là tác giả và không có quyền nhân thân đối với tác phẩm.

5. Căn cứ phát sinh quyền tác giả

Quyền tác giả được xác lập từ thời điểm hình thức thể hiện của tác phẩm được nhận biết. Một ý tưởng sáng tạo nếu chưa được chuyển thành hành động sáng tạo dẫn đến một kết quả cụ thể thì không được xem là tác phẩm bởi chưa được thể hiện dưới một hình thức vật chất nhất định[1]. Ví dụ, bức tranh là hình thức vật chất thể hiện tác phẩm hội họa, bản nhạc là hình thức vật chất thể hiện tác phẩm âm nhạc.

Pháp luật không có quy định bắt buộc về hình thức của tác phẩm văn học nghệ thuật hay khoa học, nó có thể là bản viết tay, bản đánh máy hay bản ghi âm, ghi hình v.v., nội dung có thể ngắn hay dài. Tác giả

1. Khoản 1 Điều 6 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005: "Quyền tác giả phát sinh kể từ ngày tác phẩm được sáng tạo và được thể hiện dưới một hình thức vật chất nhất định, không phân biệt nội dung, chất lượng, hình thức, phương tiện, ngôn ngữ, đã công bố hay chưa công bố, đã đăng ký hay chưa đăng ký".

có quyền đăng ký hay không đăng ký bản quyền, bởi tác phẩm được bảo hộ ngay khi quyền tác giả được phát sinh chứ không phụ thuộc vào việc phải đăng ký. Việc đăng ký bản quyền chỉ giúp tạo thêm lợi thế cho tác giả khi có tranh chấp xảy ra, đặc biệt trong việc miễn trừ nghĩa vụ chứng minh quyền sở hữu của mình đối với tác phẩm[1].

6. Giới hạn quyền và thời hạn bảo hộ

a) Giới hạn quyền tác giả:

Giới hạn quyền tác giả là các trường hợp pháp luật cho phép người sử dụng tác phẩm không phải xin phép, không phải trả thù lao cho tác giả nhằm mục đích nghiên cứu, học tập của công chúng. Về phương diện pháp lý, quyền và nghĩa vụ của tác giả phải song hành nhau, do đó giới hạn quyền tác giả chính là nghĩa vụ của tác giả đối với xã hội, đối với đất nước[2]. Quyền tài sản của tác giả thông thường bị giới hạn trên hai lĩnh vực sao chép và trình diễn. Tuy nhiên, nguyên tắc chung

---

1. Điều 49 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định: "Việc nộp đơn để được cấp Giấy chứng nhận đăng ký quyền tác giả không phải là thủ tục bắt buộc [...] Tổ chức, cá nhân đã được cấp Giấy chứng nhận đăng ký quyền tác giả không có nghĩa vụ chứng minh quyền tác giả thuộc về mình khi có tranh chấp, trừ trường hợp có chứng cứ ngược lại".

2. Điều 25 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định: "Các trường hợp sử dụng tác phẩm đã công bố không phải xin phép, không phải trả tiền nhuận bút, thù lao bao gồm: a) Tự sao chép một bản nhằm mục đích nghiên cứu khoa học, giảng dạy của cá nhân; b) Trích dẫn hợp lý tác phẩm mà không làm sai ý tác giả để bình luận hoặc minh họa trong tác phẩm của mình; c) Trích dẫn tác phẩm mà không làm sai ý tác giả để viết báo, dùng trong ấn phẩm định kỳ, trong chương trình phát thanh, truyền hình, phim tài liệu; d) Trích dẫn tác phẩm để giảng dạy trong nhà trường mà không làm sai ý tác giả, không nhằm mục đích thương mại; đ) Sao chép tác phẩm để lưu trữ trong thư viện với mục đích nghiên cứu; e) Biểu diễn tác phẩm sân khấu, loại hình biểu diễn nghệ thuật khác trong các buổi sinh hoạt văn hóa, tuyên truyền cổ động không thu tiền dưới bất cứ hình thức nào; g) Ghi âm, ghi hình trực tiếp buổi biểu diễn để đưa tin thời sự hoặc để giảng dạy; h) Chụp ảnh, truyền hình tác phẩm tạo hình, kiến trúc, nhiếp ảnh, mỹ thuật ứng dụng được trưng bày tại nơi công cộng nhằm giới thiệu hình ảnh của tác phẩm đó; i) Chuyển tác phẩm sang chữ nổi hoặc ngôn ngữ khác cho người khiếm thị; k) Nhập khẩu bản sao tác phẩm của người khác để sử dụng riêng".

là tổ chức, cá nhân chỉ được phép sao chép hay trình diễn tác phẩm với điều kiện không nhằm mục đích kinh doanh, không làm ảnh hưởng đến việc khai thác tác phẩm và không xâm hại đến các quyền lợi khác của tác giả hay chủ sở hữu quyền tác giả. Người sử dụng phải có nghĩa vụ thông tin về tên tác giả, nguồn gốc, xuất xứ của tác phẩm.

b) Thời hạn bảo hộ quyền tác giả:

Quyền tác giả bao gồm quyền nhân thân và quyền tài sản, trong đó quyền nhân thân là một quyền dân sự gắn liền với cá nhân tác giả và không thể chuyển nhượng, do đó quyền nhân thân của tác giả đối với tác phẩm không bị giới hạn về thời hiệu và được pháp luật bảo hộ không hạn chế về mặt thời gian. Thời hạn bảo hộ đối với quyền tài sản và quyền công bố hay cho phép người khác công bố tác phẩm được quy định tại Điều 27 Luật sở hữu trí tuệ 2005[1].

7. Chế tài áp dụng với các hành vi xâm phạm quyền tác giả

Hành vi xâm phạm quyền tác giả là hành vi xâm phạm quyền nhân thân của tác giả hoặc xâm phạm đến quyền tài sản của tác giả hay chủ sở hữu quyền tác giả. Mọi hành vi xâm phạm quyền phổ biến tác phẩm, mạo danh, sửa chữa, cắt xén, xuyên tạc tác phẩm bị xem là xâm phạm đến quyền nhân thân của tác giả. Các hành vi xâm phạm quyền làm tác phẩm phái sinh, quyền phân phối, sao chép, biểu diễn trước công chúng, v.v., là hành vi xâm phạm quyền tài sản của tác giả hay

1. Khoản 2 Điều 27 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định: "a) Tác phẩm điện ảnh, nhiếp ảnh, mỹ thuật ứng dụng, tác phẩm khuyết danh có thời hạn bảo hộ là bảy mươi lăm năm, kể từ khi tác phẩm được công bố lần đầu tiên; đối với tác phẩm điện ảnh, nhiếp ảnh, mỹ thuật ứng dụng chưa được công bố trong thời hạn hai mươi lăm năm, kể từ khi tác phẩm được định hình thì thời hạn bảo hộ là một trăm năm, kể từ khi tác phẩm được định hình; đối với tác phẩm khuyết danh, khi các thông tin về tác giả xuất hiện thì thời hạn bảo hộ được tính theo quy định tại điểm b khoản này; b) Tác phẩm không thuộc loại hình quy định tại điểm a khoản này có thời hạn bảo hộ là suốt cuộc đời tác giả và năm mươi năm tiếp theo năm tác giả chết; trong trường hợp tác phẩm có đồng tác giả thì thời hạn bảo hộ chấm dứt vào năm thứ năm mươi sau năm đồng tác giả cuối cùng chết; c) Thời hạn bảo hộ quy định tại điểm a và điểm b khoản này chấm dứt vào thời điểm 24 giờ ngày 31 tháng 12 của năm chấm dứt thời hạn bảo hộ quyền tác giả".

chủ sở hữu quyền tác giả. Điều 28 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định có 16 trường hợp bị xem là xâm phạm quyền tác giả[1].

Mọi hành vi xâm phạm đến các quyền nhân thân của tác giả hay quyền tài sản của tác giả hay chủ sở hữu quyền tác giả đều là đối tượng để chủ thể bị xâm phạm có quyền khởi kiện ra Tòa án yêu cầu tổ chức, cá nhân xâm phạm phải chấm dứt hành vi xâm phạm, xin lỗi, cải chính công khai và bồi thường thiệt hại. Pháp luật về xử lý hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ không chỉ quy định về trách nhiệm dân sự[2] mà còn dự liệu chế tài đối với trách nhiệm hành chính hoặc hình sự.

---

1. Điều 28 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định: "1) Chiếm đoạt quyền tác giả đối với tác phẩm văn học, nghệ thuật, khoa học; 2) Mạo danh tác giả; 3) Công bố, phân phối tác phẩm mà không được phép của tác giả; 4) Công bố, phân phối tác phẩm có đồng tác giả mà không được phép của đồng tác giả đó; 5) Sửa chữa, cắt xén hoặc xuyên tạc tác phẩm dưới bất kỳ hình thức nào gây phương hại đến danh dự và uy tín của tác giả; 6) Sao chép tác phẩm mà không được phép của tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả, trừ trường hợp quy định tại điểm a và điểm đ khoản 1 Điều 25 của Luật này; 7) Làm tác phẩm phái sinh mà không được phép của tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả đối với tác phẩm được dùng để làm tác phẩm phái sinh, trừ trường hợp quy định tại điểm i khoản 1 Điều 25 của Luật này; 8) Sử dụng tác phẩm mà không được phép của chủ sở hữu quyền tác giả, không trả tiền nhuận bút, thù lao, quyền lợi vật chất khác theo quy định của pháp luật, trừ trường hợp quy định tại khoản 1 Điều 25 của Luật này; 9) Cho thuê tác phẩm mà không trả tiền nhuận bút, thù lao và quyền lợi vật chất khác cho tác giả hoặc chủ sở hữu quyền tác giả; 10) Nhân bản, sản xuất bản sao, phân phối, trưng bày hoặc truyền đạt tác phẩm đến công chúng qua mạng truyền thông và các phương tiện kỹ thuật số khác mà không được phép của chủ sở hữu quyền tác giả; 11) Xuất bản tác phẩm mà không được phép của chủ sở hữu quyền tác giả; 12) Cố ý hủy bỏ hoặc làm vô hiệu các biện pháp kỹ thuật do chủ sở hữu quyền tác giả thực hiện để bảo vệ quyền tác giả đối với tác phẩm của mình; 13) Cố ý xóa, thay đổi thông tin quản lý quyền dưới hình thức điện tử có trong tác phẩm; 14) Sản xuất, lắp ráp, biến đổi, phân phối, nhập khẩu, xuất khẩu, bán hoặc cho thuê thiết bị khi biết hoặc có cơ sở để biết thiết bị đó làm vô hiệu các biện pháp kỹ thuật do chủ sở hữu quyền tác giả thực hiện để bảo vệ quyền tác giả đối với tác phẩm của mình; 15) Làm và bán tác phẩm mà chữ ký của tác giả bị giả mạo; 16) Xuất khẩu, nhập khẩu, phân phối bản sao tác phẩm mà không được phép của chủ sở hữu quyền tác giả".

2. Điều 202 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định: "1) Buộc chấm dứt hành vi xâm phạm; 2) Buộc xin lỗi, cải chính công khai; 3) Buộc thực hiện nghĩa vụ dân sự; 4) Buộc bồi thường thiệt hại; và/hoặc 5) Buộc tiêu hủy hoặc buộc phân phối hoặc đưa vào sử dụng không nhằm mục đích thương mại đối với hàng hóa, nguyên liệu, vật liệu và phương tiện được sử dụng chủ yếu để sản xuất, kinh doanh hàng hóa xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ với điều kiện không làm ảnh hưởng đến khả năng khai thác quyền của chủ thể quyền sở hữu trí tuệ".

II. QUYỀN LIÊN QUAN

Quyền liên quan là quyền của người biểu diễn (hoặc của tổ chức, cá nhân là chủ sở hữu cuộc biểu diễn) đối với cuộc biểu diễn, của nhà sản xuất bản ghi âm đối với sản phẩm băng đĩa và của tổ chức phát sóng đối với chương trình phát sóng, tín hiệu vệ tinh mang chương trình được mã hóa. Các quyền này không giống như quyền tác giả, bởi chủ sở hữu quyền liên quan là người sử dụng các tác phẩm của các tác giả, do đó quyền liên quan luôn hiện hữu và tồn tại song song nhưng không được làm phương hại đến quyền của tác giả. Nói cách khác, tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả là người cung cấp (bán) tác phẩm của mình cho người biểu diễn để trình diễn, cho nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình để sản xuất và phát hành băng đĩa và cho tổ chức phát sóng (các đài phát thanh truyền hình) để có chương trình phát sóng.

Quyền liên quan phát sinh kể từ khi cuộc biểu diễn, bản ghi âm, ghi hình, chương trình phát sóng, tín hiệu vệ tinh mang chương trình được mã hóa được định hình hoặc thực hiện mà không gây phương hại đến quyền tác giả.

Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 bảo hộ quyền liên quan cho các chủ thể sau:

- Người biểu diễn;
- Chủ sở hữu cuộc biểu diễn (là tổ chức hoặc cá nhân sử dụng thời gian, đầu tư tài chính và cơ sở vật chất - kỹ thuật của mình để thực hiện cuộc biểu diễn);
- Nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình;
- Tổ chức phát sóng.

Đối tượng quyền liên quan được bảo hộ là các cuộc biểu diễn của công dân Việt Nam được thực hiện tại Việt Nam hay ở nước ngoài, kể cả người nước ngoài biểu diễn tại Việt Nam; các cuộc biểu diễn được định hình trên bản ghi âm, ghi hình hoặc chưa định hình trên bản ghi âm, ghi hình mà đã phát sóng; các bản ghi âm, ghi hình của nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình; các chương trình phát sóng của tổ chức phát sóng có

quốc tịch Việt Nam cũng như các nhà sản xuất, các tổ chức phát sóng theo điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Tuy nhiên, pháp luật chỉ bảo hộ với điều kiện các cuộc biểu diễn, bản ghi âm, ghi hình, chương trình phát sóng, tín hiệu vệ tinh mang chương trình được mã hóa không gây phương hại đến quyền tác giả.

1. Người biểu diễn

a) Khái niệm:

Biểu diễn là khái niệm chỉ sự diễn tấu, diễn kịch, ca, ngâm thơ, thời trang hoặc với sự trợ giúp của thiết bị kỹ thuật để tái hiện tác phẩm bằng âm thanh, biểu hiện tình cảm, động tác (múa) hay là sự thể hiện bằng bất cứ cách nào khác để diễn đạt tác phẩm văn học nghệ thuật.

Như vậy, những người tham gia dàn dựng, đạo diễn trong các chương trình ca múa nhạc kịch, cũng là những người được bảo hộ quyền liên quan, bởi những người này là những người tham gia, sáng tạo vào việc thể hiện tác phẩm mà họ không phải là tác giả. Tuy nhiên, những đạo diễn của tác phẩm điện ảnh hay đạo diễn tác phẩm truyền hình (phóng sự, phim tài liệu, v.v.), sẽ là đồng tác giả của tác phẩm đó, bởi chính họ là những người sáng tạo ra tác phẩm.

Trên thực tế, có những người vừa là tác giả vừa là người biểu diễn. Ví dụ, tác giả một ca khúc tự biểu diễn hay tác giả một bài thơ tự ngâm thơ. Trong trường hợp này pháp luật bảo hộ cả quyền tác giả và quyền liên quan của người đó.

Công ước Rome cũng như Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 đều định nghĩa người biểu diễn là các diễn viên, ca sĩ, nhạc công, vũ công và những người khác trình bày tác phẩm văn học, nghệ thuật. Tuy nhiên, đối với những nghệ sĩ không biểu diễn tác phẩm văn học hay nghệ thuật, Công ước Rome dành cho các quốc gia thành viên quyền thông qua luật pháp của nước mình để mở rộng sự bảo hộ cho các đối tượng mà Công ước này gọi là nghệ sĩ tạp kỹ và xiếc (Điều 9 Công ước Rome).

Theo quy định tại Điều 14 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, trong các loại tác phẩm được bảo hộ quyền tác giả có loại hình tác phẩm sân khấu.

Điều 13 Nghị định số 100/2006/NĐ-CP giải thích tác phẩm sân khấu là tác phẩm thuộc các loại hình nghệ thuật biểu diễn, bao gồm kịch (kịch nói, nhạc vũ kịch, ca kịch, kịch câm), xiếc, múa, múa rối và các loại hình tác phẩm sân khấu khác. Do đó, việc người nghệ sĩ tạp kỹ hay nghệ sĩ xiếc biểu diễn tác phẩm sân khấu cũng là biểu diễn tác phẩm nghệ thuật, pháp luật cũng bảo hộ người nghệ sĩ tạp kỹ hay xiếc như người biểu diễn.

b) Quyền của người biểu diễn:

Tương tự như quyền tác giả, quyền liên quan bao gồm quyền nhân thân và quyền tài sản. Nếu người biểu diễn không phải là chủ đầu tư của cuộc biểu diễn (đầu tư tài chính và các phương tiện vật chất khác), thì quyền tài sản sẽ thuộc về chủ đầu tư cho cuộc biểu diễn đó, song các quyền nhân thân vẫn thuộc người biểu diễn[1].

Trường hợp người biểu diễn là chủ đầu tư cuộc biểu diễn, người biểu diễn có toàn bộ các quyền đối với cuộc biểu diễn, được độc quyền cho hay không cho người khác ghi âm, ghi hình và cho hay không cho các đài phát thanh, truyền hình phát sóng cuộc biểu diễn đó.

---

1. Điều 29 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định: "1) Người biểu diễn đồng thời là chủ đầu tư thì có các quyền nhân thân và các quyền tài sản đối với cuộc biểu diễn; trong trường hợp người biểu diễn không đồng thời là chủ đầu tư thì người biểu diễn có các quyền nhân thân và chủ đầu tư có các quyền tài sản đối với cuộc biểu diễn; 2) Quyền nhân thân bao gồm các quyền sau đây: a) Được giới thiệu tên khi biểu diễn, khi phát hành bản ghi âm, ghi hình, phát sóng cuộc biểu diễn; b) Bảo vệ sự toàn vẹn hình tượng biểu diễn, không cho người khác sửa chữa, cắt xén hoặc xuyên tạc dưới bất cứ hình thức nào gây phương hại đến danh dự và uy tín của người biểu diễn; 3) Quyền tài sản bao gồm độc quyền thực hiện hoặc cho phép người khác thực hiện các quyền sau đây: a) Định hình cuộc biểu diễn trực tiếp của mình trên bản ghi âm, ghi hình; b) Sao chép trực tiếp hoặc gián tiếp cuộc biểu diễn của mình đã được định hình trên bản ghi âm, ghi hình; c) Phát sóng hoặc truyền theo cách khác đến công chúng cuộc biểu diễn của mình chưa được định hình mà công chúng có thể tiếp cận được, trừ trường hợp cuộc biểu diễn đó nhằm mục đích phát sóng; d) Phân phối đến công chúng bản gốc và bản sao cuộc biểu diễn của mình thông qua hình thức bán, cho thuê hoặc phân phối bằng bất kỳ phương tiện kỹ thuật nào mà công chúng có thể tiếp cận được; 4) Tổ chức, cá nhân khai thác, sử dụng các quyền quy định tại khoản 3 Điều này phải trả tiền thù lao cho người biểu diễn theo quy định của pháp luật hoặc theo thỏa thuận trong trường hợp pháp luật không quy định".

Quyền tài sản cũng thuộc về người biểu diễn trong trường hợp người biểu diễn là người đầu tư để sản xuất băng đĩa ghi âm, ghi hình của mình.

Trong thực tế, hiện nay có rất nhiều ca sĩ đầu tư tài chính để sản xuất băng đĩa ghi âm, ghi hình. Vì pháp luật chưa có hướng dẫn cụ thể đối với trường hợp cá nhân đề nghị cấp phép lưu hành băng đĩa, nên các ca sĩ thường thông qua một pháp nhân có chức năng sản xuất băng đĩa để nhờ pháp nhân này lập thủ tục xin giấy phép lưu hành băng đĩa nhạc. Việc này dẫn đến hệ quả pháp lý là dù ca sĩ đầu tư tài chính đích thị là chủ sở hữu sản phẩm băng đĩa nhưng giấy phép lưu hành lại do nhà sản xuất băng đĩa đứng tên. Điều này khiến cho các tổ chức, cá nhân khác khi sử dụng sản phẩm băng đĩa này ngộ nhận về quyền sở hữu và chỉ thanh toán chi phí sử dụng quyền liên quan cho nhà sản xuất băng đĩa. Vì vậy, để bảo đảm quyền lợi hợp pháp của mình, khi ký hợp đồng với nhà sản xuất băng đĩa, ca sĩ cần thỏa thuận rõ về điều khoản bản quyền sản phẩm. Theo đó, nhà sản xuất băng đĩa chỉ là đơn vị phát hành và họ chỉ được hưởng thù lao phát hành. Riêng các quyền tài sản khác vẫn thuộc về ca sĩ (người đầu tư tài chính để sản xuất).

Theo quy định tại Điều 24 Nghị định số 79/2012/NĐ-CP ngày 5 tháng 10 năm 2012 của Chính phủ quy định biểu diễn nghệ thuật, trình diễn thời trang; thi người đẹp và người mẫu; lưu hành, kinh doanh bản ghi âm, ghi hình ca múa nhạc, sân khấu (được sửa đổi bởi Nghị định số 15/2016/NĐ-CP ngày 15 tháng 3 năm 2016), chủ thể thực hiện thủ tục xin cấp phép phê duyệt nội dung bản ghi âm, ghi hình phải là tổ chức có quyết định thành lập hoặc có Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Trên thực tế, cá nhân ca sĩ hay người biểu diễn là những cá thể hành nghề độc lập, không đăng ký thành lập doanh nghiệp do đó không đủ điều kiện để xin phép lưu hành băng đĩa. Việc pháp luật chưa có quy định đối với trường hợp cá nhân ca sĩ (hay người biểu diễn) đầu tư sản xuất băng đĩa nhằm mục đích kinh doanh là một sự thiệt thòi đối với người biểu diễn đồng thời có thể dẫn đến hệ quả pháp lý như đã nêu trên.

Theo quy định về quyền liên quan, người biểu diễn còn được quyền hưởng thù lao, theo đó các tổ chức, cá nhân muốn khai thác hay sử dụng các quyền tài sản của người biểu diễn, phải trả tiền thù lao cho người biểu diễn. Điều này có nghĩa, nếu cá nhân hoặc pháp nhân bỏ vốn ra đầu tư tổ chức chương trình biểu diễn, đầu tư sản xuất băng đĩa ghi âm, ghi hình hay đầu tư sản xuất chương trình phát sóng thì phải có nghĩa vụ trả thù lao cho người biểu diễn. Ngoài ra, người biểu diễn còn được hưởng các quyền lợi vật chất, khi tổ chức, cá nhân khác sử dụng băng ghi âm, ghi hình để phát sóng hay để kinh doanh thương mại. Do đó, để bảo vệ quyền lợi cho chính mình, người biểu diễn khi ký hợp đồng với các nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình cần thỏa thuận phương thức phân chia quyền lợi trong trường hợp bản ghi âm, ghi hình được bên thứ ba sử dụng nhằm mục đích kinh doanh, thương mại (xem thêm Mục 2 dưới đây về nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình).

Có thể nói, Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 đã dành cho người biểu diễn các quyền lợi vật chất và tinh thần tương tự như quyền của người biểu diễn trong Công ước Rome mà Việt Nam đã tham gia. Theo Công ước Rome, người biểu diễn có các quyền nhân thân đối với cuộc biểu diễn thính âm trực tiếp và cuộc biểu diễn đã được định hình trong bản ghi âm; có độc quyền cho phép phát sóng, truyền phát tới công chúng và định hình buổi biểu diễn trực tiếp của họ; quyền hưởng thù lao hợp lý từ việc phát sóng và truyền phát tới công chúng. Riêng đối với cuộc biểu diễn đã được định hình trong bản ghi âm, người biểu diễn có các độc quyền như sau:

- Quyền sao chép (quyền làm các bản sao bản ghi âm);

- Quyền phân phối (quyền phát hành và phân phối các bản sao đến công chúng);

- Quyền cho thuê (quyền cho phép cho thuê tới công chúng nhằm mục đích thương mại bản gốc hoặc bản sao bản ghi âm);

- Quyền cung cấp tới công chúng (là quyền cho phép cung cấp tới công chúng bằng phương tiện hữu tuyến hoặc vô tuyến bất cứ cuộc biểu diễn đã được định hình trong một bản ghi âm nào. Bằng cách đó,

công chúng có thể tiếp cận được với cuộc biểu diễn đã được định hình từ địa điểm và vào một thời gian do cá nhân họ lựa chọn. Quyền này đặc biệt bao gồm việc cung cấp tương tác theo yêu cầu trên mạng internet).

2. Nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình

Nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình đầu tư tài chính, cơ sở vật chất để sản xuất bản ghi âm, ghi hình là chủ sở hữu bản ghi âm ghi hình. Do đó, nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình có độc quyền thực hiện hoặc cho phép người khác thực hiện các quyền được quy định tại Điều 30 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005[1].

Khác với tác giả và người biểu diễn luôn có quyền nhân thân, nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình chỉ có các quyền tài sản đối với sản phẩm của mình, được toàn quyền hưởng các quyền lợi vật chất khi bán, phân phối sản phẩm tới công chúng, cũng như khi có tổ chức, cá nhân khác sử dụng bản ghi âm, ghi hình nhằm mục đích kinh doanh dưới bất kỳ hình thức nào.

Điều 33 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định rõ tổ chức, cá nhân sử dụng trực tiếp hoặc gián tiếp bản ghi âm, ghi hình đã công bố nhằm mục đích thương mại để phát sóng dù có hay không có tài trợ, quảng cáo, có hay không có thu tiền dưới bất cứ hình thức nào thì không phải xin phép nhưng phải trả thù lao, nhuận bút cho tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả, người biểu diễn, nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình, tổ chức phát sóng kể từ khi sử dụng theo thỏa thuận hoặc theo quy định của Chính phủ.

Trường hợp sử dụng bản ghi âm, ghi hình đã công bố trong hoạt động kinh doanh, thương mại không phải xin phép nhưng phải trả thù lao,

1. Khoản 1 và 2 Điều 30 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định: “a) Sao chép trực tiếp hoặc gián tiếp bản ghi âm, ghi hình của mình; b) Nhập khẩu, phân phối đến công chúng bản gốc và bản sao bản ghi âm, ghi hình của mình thông qua hình thức bán, cho thuê hoặc phân phối bằng bất kỳ phương tiện kỹ thuật nào mà công chúng có thể tiếp cận được; Được hưởng quyền lợi vật chất khi bản ghi âm, ghi hình của mình được phân phối đến công chúng”.

nhuận bút cho tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả, người biểu diễn, nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình, tổ chức phát sóng thực hiện theo thỏa thuận hoặc theo quy định của Chính phủ.

Việc sử dụng trực tiếp hay gián tiếp bản ghi âm, ghi hình đã được công bố trong hoạt động kinh doanh nghĩa là tổ chức, cá nhân sử dụng tại nhà hàng, khách sạn, cửa hàng, siêu thị, cơ sở kinh doanh dịch vụ karaoke, dịch vụ bưu chính, viễn thông, môi trường kỹ thuật số; trong các hoạt động du lịch, hàng không, giao thông công cộng và các hoạt động kinh doanh, thương mại khác.

Tương tự vậy, Điều 12 Công ước Rome quy định rõ vấn đề này trong trường hợp sử dụng lại bản ghi âm. Theo đó, "nếu một bản ghi âm đã được công bố vì mục đích thương mại hoặc một bản sao của bản ghi âm ấy được sử dụng trực tiếp để phát sóng tới công chúng thì người sử dụng trả cho người biểu diễn hoặc nhà sản xuất bản ghi âm hoặc cả hai một khoản tiền thù lao hợp lý. Trong trường hợp không có sự thỏa thuận giữa các bên, luật quốc gia có thể quy định các điều kiện để phân chia khoản thù lao này".

Phân tích Điều 33 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 và Điều 12 Công ước Rome chúng ta nhận thấy, ở Việt Nam, nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình khi đầu tư tài chính để sản xuất băng đĩa tuy đã có trả thù lao cho người biểu diễn, song người biểu diễn cũng sẽ không mất đi quyền tài sản của mình khi có tổ chức, cá nhân khác sử dụng lại bản ghi âm đó nhằm mục đích kinh doanh, thương mại. Cụ thể, nếu trong hợp đồng ký kết giữa người biểu diễn với nhà sản xuất bản ghi âm không có điều khoản thỏa thuận người biểu diễn chuyển nhượng quyền tài sản của mình cho nhà sản xuất trong trường hợp bên thứ ba sử dụng bản ghi âm, ghi hình đó để kinh doanh, thì đương nhiên người biểu diễn vẫn được hưởng quyền lợi vật chất như quy định tại Điều 33 nói trên[1].

---

1. Khoản 3 Điều 35 Nghị định số 100/2006/NĐ-CP: "Việc hưởng thù lao của người biểu diễn trong trường hợp bản ghi âm, ghi hình được sử dụng theo quy định tại Điều 33 của Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 tùy thuộc vào thỏa thuận của người biểu diễn với nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình khi thực hiện chương trình ghi âm, ghi hình".

Tóm lại, nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình khi đầu tư tài chính và cơ sở vật chất để sản xuất băng đĩa là chủ sở hữu bản ghi đó và được toàn quyền hưởng lợi từ việc bán sản phẩm băng đĩa đến công chúng, hay được độc quyền sao chép sản phẩm ấy. Tuy nhiên, khi có bên thứ ba sử dụng sản phẩm băng đĩa nhằm mục đích phát sóng hay kinh doanh thương mại thì bên thứ ba phải có nghĩa vụ trả tiền thù lao, nhuận bút cho cả nhà sản xuất lẫn người biểu diễn (trừ trường hợp người biểu diễn có ký hợp đồng chuyển nhượng quyền tài sản của mình cho nhà sản xuất đối với trường hợp có bên thứ ba sử dụng lại bản ghi âm, ghi hình để kinh doanh, thương mại).

Hiện nay, tại Việt Nam, các tổ chức, cá nhân có nhu cầu sử dụng bản ghi âm, ghi hình để kinh doanh (như các dịch vụ viễn thông, internet, nhà hàng khách sạn, siêu thị, v.v.), khi thực hiện nghĩa vụ theo Điều 33 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, có thể đến Trung tâm Bảo vệ quyền tác giả âm nhạc Việt Nam (VCPMC) để đóng tiền tác quyền cho các nhạc sĩ và đến Hiệp hội Công nghiệp ghi âm Việt Nam (RIAV) để thanh toán bản quyền cho các nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình. Đối với người biểu diễn, có Hội bảo vệ quyền của người biểu diễn âm nhạc Việt Nam (APPA) vừa được thành lập vào tháng 3-2015. Tuy nhiên, APPA chỉ là tổ chức bảo vệ những người biểu diễn âm nhạc (ca sĩ, nhạc công) mà thôi.

3. Tổ chức phát sóng

Tổ chức phát sóng (tổ chức khởi xướng và thực hiện việc phát sóng) hay còn gọi là các đài phát thanh - truyền hình là hình thức cơ quan báo nói và báo hình. Trên thực tế, các cơ quan này cũng phải đầu tư tài chính và cơ sở vật chất - kỹ thuật để sản xuất chương trình phát sóng. Do vậy, tổ chức phát sóng chính là chủ sở hữu đối với chương trình phát sóng của mình, trừ trường hợp có thỏa thuận khác với bên liên quan. Luật pháp bảo hộ quyền lợi của các tổ chức phát sóng và dành cho họ quyền được độc quyền trong việc sử dụng các chương trình phát sóng của chính mình. Các tổ chức, cá nhân khác khi sử dụng các chương trình thuộc quyền sở hữu của tổ chức phát sóng, phải trả nhuận bút hay thù lao

cho tổ chức phát sóng đó. Tổ chức phát sóng được toàn quyền nhân bản chương trình của mình để nhằm mục đích kinh doanh, được hưởng lợi ích vật chất khi chương trình phát sóng của mình được ghi âm, ghi hình, phân phối đến công chúng. Quyền của tổ chức phát sóng được quy định tại Điều 31 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005[1].

4. Giới hạn quyền và thời hạn bảo hộ

a) Giới hạn quyền liên quan:

Tương tự như quyền tác giả, Điều 32 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định một số trường hợp sử dụng quyền liên quan không phải xin phép, không phải trả tiền nhuận bút, thù lao như được tự sao chép một bản nhằm mục đích nghiên cứu khoa học của cá nhân; nhằm mục đích giảng dạy; trích dẫn hợp lý nhằm mục đích cung cấp thông tin (nghĩa là trích dẫn nhằm giới thiệu, bình luận hoặc làm sáng tỏ vấn đề trong việc cung cấp thông tin); tổ chức phát sóng tự làm bản sao tạm thời để phát sóng khi được hưởng quyền phát sóng (bản sao tạm thời là bản định hình có thời hạn, do tổ chức phát sóng thực hiện bằng các phương tiện thiết bị của mình, nhằm phục vụ cho buổi phát sóng ngay sau đó của chính tổ chức phát sóng. Trong trường hợp đặc biệt thì bản sao đó được lưu trữ trong trung tâm lưu trữ chính thức). Tuy nhiên, tổ chức, cá nhân khi sử dụng các quyền này không được làm ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường của cuộc biểu diễn, bản ghi âm, ghi hình, chương trình phát sóng và không được gây phương hại đến quyền của người biểu diễn, nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình, tổ chức phát sóng.

b) Thời hạn bảo hộ quyền liên quan:

Thời hạn bảo hộ quyền liên quan là 50 năm. Theo đó, đối với người biểu diễn là 50 năm tính từ năm tiếp theo năm cuộc biểu diễn được định hình; nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình là 50 năm được

---

1. Điều 31 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005: "Tổ chức phát sóng có độc quyền thực hiện hoặc cho phép người khác thực hiện các quyền như sau: a) Phát sóng, tái phát sóng chương trình phát sóng của mình; b) Phân phối đến công chúng chương trình phát sóng của mình; c) Định hình chương trình phát sóng của mình;và d) Sao chép bản định hình chương trình phát sóng của mình".

tính từ năm tiếp theo năm công bố, hoặc 50 năm kể từ năm tiếp theo năm bản ghi âm, ghi hình được định hình nếu chưa công bố; đối với tổ chức phát sóng là 50 năm tính từ năm tiếp theo năm chương trình phát sóng được thực hiện.

5. Chế tài các hành vi xâm phạm

Điều 35 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định, các hành vi bị xem là xâm phạm đến quyền liên quan bao gồm:

- Chiếm đoạt quyền của người biểu diễn, nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình, tổ chức phát sóng;

- Mạo danh người biểu diễn, nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình, tổ chức phát sóng;

- Công bố, sản xuất và phân phối cuộc biểu diễn đã được định hình, bản ghi âm, ghi hình, chương trình phát sóng mà không được phép của người biểu diễn, nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình, tổ chức phát sóng;

- Sửa chữa, cắt xén, xuyên tạc dưới bất kỳ hình thức nào đối với cuộc biểu diễn gây phương hại đến danh dự và uy tín của người biểu diễn;

- Sao chép, trích ghép đối với cuộc biểu diễn đã được định hình, bản ghi âm, ghi hình, chương trình phát sóng mà không được phép của người biểu diễn, nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình, tổ chức phát sóng;

- Dỡ bỏ hoặc thay đổi thông tin quản lý quyền dưới hình thức điện tử mà không được phép của chủ sở hữu quyền liên quan;

- Cố ý hủy bỏ hoặc làm vô hiệu các biện pháp kỹ thuật do chủ sở hữu quyền liên quan thực hiện để bảo vệ quyền liên quan của mình;

- Phát sóng, phân phối, nhập khẩu để phân phối đến công chúng cuộc biểu diễn, bản sao cuộc biểu diễn đã được định hình hoặc bản ghi âm, ghi hình khi biết hoặc có cơ sở để biết thông tin quản lý quyền dưới hình thức điện tử đã bị dỡ bỏ hoặc đã bị thay đổi mà không được phép của chủ sở hữu quyền liên quan;

- Sản xuất, lắp ráp, biến đổi, phân phối, nhập khẩu, xuất khẩu, bán hoặc cho thuê thiết bị khi biết hoặc có cơ sở để biết thiết bị đó giải mã trái phép một tín hiệu vệ tinh mang chương trình được mã hóa;

- Cố ý thu hoặc tiếp tục phân phối một tín hiệu vệ tinh mang chương trình được mã hóa khi tín hiệu đã được giải mã mà không được phép của người phân phối hợp pháp.

Mọi hành vi xâm phạm đến các quyền liên quan đều là đối tượng để chủ thể bị xâm phạm có quyền khởi kiện ra Tòa án yêu cầu tổ chức, cá nhân xâm phạm phải chấm dứt hành vi xâm phạm, xin lỗi, cải chính công khai và bồi thường thiệt hại. Việc xử lý hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ, không chỉ quy định về trách nhiệm dân sự [1] mà còn dự liệu chế tài đối với trách nhiệm hành chính hoặc hình sự.

B. QUYỀN SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP

I. QUY ĐỊNH VỀ SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP THEO CÔNG ƯỚC PARI

Việt Nam tham gia nhiều điều ước quốc tế về sở hữu trí tuệ. Trong đó, Công ước Pari về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp là công ước quan trọng và tập trung nhất liên quan tới lĩnh vực sở hữu công nghiệp. Việt Nam gia nhập Công ước Pari ngày 8-3-1949.

Công ước Pari là một trong những điều ước quốc tế đầu tiên trên thế giới về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ nói chung và quyền sở hữu công nghiệp nói riêng. Tính tới ngày 16-8-2017, Công ước Pari đã có 177 nước thành viên[2].

Nội dung Công ước Pari được chia thành ba phần chính: Đối xử quốc gia, quyền ưu tiên và các quy định chung.

1. Điều 202 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định: “1) Buộc chấm dứt hành vi xâm phạm; 2) Buộc xin lỗi, cải chính công khai; 3) Buộc thực hiện nghĩa vụ dân sự; 4) Buộc bồi thường thiệt hại;và/hoặc 5) Buộc tiêu hủy hoặc buộc phân phối hoặc đưa vào sử dụng không nhằm mục đích thương mại đối với hàng hóa, nguyên liệu, vật liệu và phương tiện được sử dụng chủ yếu để sản xuất, kinh doanh hàng hóa xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ với điều kiện không làm ảnh hưởng đến khả năng khai thác quyền của chủ thể quyền sở hữu trí tuệ.”

2. Theo WIPO: http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/paris.pdf.

1. Đối xử quốc gia

Công dân các nước thành viên Công ước Pari trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp được hưởng quyền tại nước thành viên khác không kém thuận lợi hơn công dân nước sở tại, bao gồm các ưu đãi, mức độ bảo hộ và biện pháp thực thi quyền, mà không cần phải cư trú hoặc có cơ sở kinh doanh tại nước sở tại[1].

Nguyên tắc này áp dụng với cả công dân nước không phải thành viên công ước nhưng cư trú hoặc có cơ sở kinh doanh tại nước thành viên công ước[2].

2. Quyền ưu tiên

Công dân các nước thành viên Công ước Pari được hưởng quyền ưu tiên khi nộp đơn đăng ký sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghiệp hoặc nhãn hiệu tại một nước thành viên khác.

Cụ thể, trên cơ sở một đơn đã được nộp tại một nước thành viên Công ước Pari, chủ đơn trong thời hạn nhất định (12 tháng với sáng chế và giải pháp hữu ích, 6 tháng với nhãn hiệu và kiểu dáng công nghiệp) có thể nộp đơn yêu cầu bảo hộ tại bất kỳ nước thành viên nào khác. Các đơn nộp sau này được coi là được nộp cùng ngày như đơn ban đầu (ngày ưu tiên). Nói cách khác, các đơn này có quyền ưu tiên so với các đơn nộp cùng ngày cho cùng đối tượng.

Để được hưởng quyền ưu tiên, chủ đơn phải đề cập yêu cầu hưởng quyền ưu tiên trong đơn đăng ký. Nước thành viên có thể yêu cầu chủ đơn cung cấp bản sao đơn đăng ký ban đầu[3].

Quyền ưu tiên có vai trò quan trọng trong đăng ký sở hữu công nghiệp, tạo thời gian cho chủ đơn nước ngoài là thành viên Công ước Pari cân nhắc nộp đơn tại nước thành viên khác sau thời điểm nộp đơn ban đầu.

---

1. Điều 2 Công ước Pari.
2. Điều 3 Công ước Pari.
3. Điều 4 Công ước Pari.

3. Các quy định chung

Công ước Pari đề ra các quy định chung trong bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp:

a) Sáng chế:

Việc bảo hộ sáng chế tại các nước thành viên khác nhau độc lập với nhau[1]. Nói cách khác, quyết định cấp/hủy bỏ hiệu lực văn bằng bảo hộ sáng chế tại quốc gia thành viên này không là căn cứ buộc thành viên khác cấp/hủy bỏ hiệu lực văn bằng bảo hộ cho sáng chế đó. Tác giả có quyền được đề tên trên sáng chế[2]. Đơn đăng ký sáng chế không bị từ chối và sáng chế không bị hủy trên cơ sở việc mua bán sản phẩm mang sáng chế hoặc sản phẩm sản xuất từ việc áp dụng sáng chế bị hạn chế hoặc giới hạn bởi pháp luật quốc gia[3].

Nước thành viên có quyền áp dụng biện pháp hành chính (áp dụng li-xăng cưỡng bức) để ngăn chặn hành vi lạm dụng vị thế độc quyền sáng chế. Tuy nhiên, chỉ có thể áp dụng li-xăng cưỡng bức trên cơ sở sáng chế đã không được khai thác hoặc không được khai thác đủ mức đáp ứng nhu cầu xã hội sau 03 năm kể từ ngày cấp bằng đối với sáng chế hoặc 04 năm kể từ ngày nộp đơn sáng chế (tùy theo thời hạn nào kết thúc sớm hơn) với điều kiện là chủ sở hữu sáng chế không có những lý do hợp pháp để biện minh cho việc không khai thác sáng chế của mình[4].

b) Nhãn hiệu:

Điều kiện nộp đơn và đăng ký nhãn hiệu do luật mỗi nước thành viên quy định.

Việc bảo hộ nhãn hiệu tại các nước thành viên khác nhau độc lập với nhau. Mỗi thành viên không được từ chối đơn hoặc hủy hiệu lực đăng ký nhãn hiệu tại nước mình trên cơ sở đơn hoặc văn bằng bảo hộ nhãn hiệu đó bị từ chối hoặc bị hủy hiệu lực tại nước xuất xứ[5].

---

1. Điều 4bis Công ước Pari.
2. Điều 4ter Công ước Pari.
3. Điều 4quater Công ước Pari.
4. Điều 5 Công ước Pari.
5. Điều 6 Công ước Pari.

Bảo hộ nhãn hiệu nổi tiếng: Các nước thành viên phải từ chối cấp hoặc hủy hiệu lực đăng ký hoặc ngăn cấm việc sử dụng nhãn hiệu là bản sao, mô phỏng hoặc dịch nghĩa có thể gây nhầm lẫn với nhãn hiệu nổi tiếng đã được một cơ quan có thẩm quyền tại nước đó công nhận sử dụng cho hàng hóa trùng hoặc tương tự.

Thời hạn yêu cầu chấm dứt hiệu lực nhãn hiệu là ít nhất 05 năm kể từ ngày đăng ký. Tuy nhiên, không có thời hạn cố định cho yêu cầu hủy hoặc ngăn cấm sử dụng nhãn hiệu được đăng ký hoặc sử dụng với dụng ý không trung thực[1]. Các nước thành viên phải từ chối hoặc hủy bỏ hiệu lực đăng ký và cấm sử dụng nhãn hiệu chứa các biểu tượng quốc gia và các dấu hiệu chính thức mà không được phép, với điều kiện các dấu hiệu, biểu tượng đó đã được thông báo cho Ban thư ký của WIPO. Quy định tương tự cũng áp dụng cho huy hiệu, cờ, các biểu tượng khác, các chữ viết tắt và tên của các tổ chức quốc tế liên chính phủ[2]. Nhãn hiệu dịch vụ và nhãn hiệu tập thể phải được bảo hộ[3].

c) Kiểu dáng công nghiệp:

Kiểu dáng công nghiệp phải được bảo hộ. Văn bằng bảo hộ kiểu dáng công nghiệp không bị chấm dứt hiệu lực trong bất kỳ trường hợp nào, chẳng hạn vì lý do không sản xuất hoặc không nhập khẩu hàng mang kiểu dáng công nghiệp được bảo hộ[4].

d) Tên thương mại:

Tên thương mại được bảo hộ ở tất cả các nước thành viên Công ước Pari mà không phải nộp đơn hoặc đăng ký, dù tên thương mại đó có là một phần của nhãn hiệu hay không[5].

đ) Chỉ dẫn nguồn gốc:

Các nước thành viên phải thực hiện các biện pháp chống lại việc

1. Điều 6bis Công ước Pari.
2. Điều 6ter Công ước Pari.
3. Điều 6sexies và Điều 7bis Công ước Pari.
4. Điều 5 Công ước Pari.
5. Điều 8 Công ước Pari.

sử dụng trực tiếp và gián tiếp chỉ dẫn sai lệch về nguồn gốc hàng hóa hoặc danh tính của nhà sản xuất hoặc thương nhân[1].

II. QUY ĐỊNH VỀ SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM

1. Đối tượng quyền sở hữu công nghiệp

a) Nhãn hiệu:

- *Đối tượng bảo hộ:*

Nhãn hiệu là dấu hiệu dùng để phân biệt sản phẩm, dịch vụ của các cá nhân, tổ chức khác nhau[2]. Nhãn hiệu có thể dưới dạng chữ cái, từ ngữ, hình vẽ, hình ảnh, kể cả hình ba chiều hoặc sự kết hợp các yếu tố đó, được thể hiện bằng một hoặc nhiều màu sắc.

Dựa vào đối tượng sử dụng của nhãn hiệu, nhãn hiệu được phân thành nhãn hiệu hàng hóa và nhãn hiệu dịch vụ.

Dựa vào cấu trúc của nhãn hiệu, nhãn hiệu được phân thành nhãn hiệu chữ, nhãn hiệu hình và nhãn hiệu kết hợp chữ và hình.

Dựa trên bản chất, mục đích của nhãn hiệu, nhãn hiệu được phân thành nhãn hiệu thông thường, nhãn hiệu chứng nhận và nhãn hiệu tập thể. Đây cũng là cách tiếp cận của Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

- *Điều kiện bảo hộ:*

Nhãn hiệu được bảo hộ nếu đáp ứng hai tiêu chí: Là dấu hiệu nhìn thấy được dưới dạng chữ cái, từ ngữ, hình vẽ, hình ảnh, kể cả hình ba chiều hoặc sự kết hợp các yếu tố đó, được thể hiện bằng một hoặc nhiều màu sắc; Có khả năng phân biệt hàng hóa, dịch vụ của chủ sở hữu nhãn hiệu với hàng hóa, dịch vụ của chủ thể khác[3]. Ngoài ra, nhãn hiệu phải là dấu hiệu không rơi vào một trong các trường hợp liệt kê tại khoản 5 Điều 73 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

Thứ nhất, nhãn hiệu phải là dấu hiệu nhìn thấy được. Các dấu hiệu không nhìn thấy được như âm thanh, mùi vị (nhãn hiệu phi truyền thống)

---

1. Điều 10 Công ước Pari.
2. Điều 4 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
3. Các Điều 72, 73, 74 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

không được bảo hộ dưới dạng nhãn hiệu tại Việt Nam. Tuy nhiên, các hiệp định thương mại thế hệ mới về sở hữu trí tuệ có xu hướng yêu cầu các thành viên bảo hộ nhãn hiệu phi truyền thông. Ví dụ, Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP chưa có hiệu lực) yêu cầu các nước thành viên phải bảo hộ nhãn hiệu âm thanh và nỗ lực để bảo hộ nhãn hiệu mùi hương[1].

Thứ hai, nhãn hiệu phải có khả năng phân biệt, gồm khả năng tự phân biệt và khả năng phân biệt với nhãn hiệu khác. Nhãn hiệu không đáp ứng khả năng tự phân biệt khi là một trong các dấu hiệu sau: Dấu hiệu đơn giản, hoặc chữ thuộc ngôn ngữ không thông dụng, chưa được sử dụng và thừa nhận rộng rãi; Tên thông thường của hàng hóa, dịch vụ; Mang nghĩa mô tả hàng hóa, dịch vụ. Nhãn hiệu không đáp ứng khả năng phân biệt với nhãn hiệu khác khi nhãn hiệu đó trùng hoặc tương tự với nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, kiểu dáng công nghiệp đã có trước đó về dấu hiệu và sản phẩm, dịch vụ theo quy định tại khoản 2 Điều 74 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

- *Thời hạn bảo hộ:*

Giấy chứng nhận đăng ký nhãn hiệu có thời hạn từ ngày cấp đến hết 10 năm kể từ ngày nộp đơn, có thể gia hạn nhiều lần, không giới hạn số lần gia hạn[2]. Như vậy, nhãn hiệu có thể được bảo hộ vô thời hạn, với điều kiện chủ sở hữu gia hạn trong thời hạn quy định và nhãn hiệu không bị hủy hay chấm dứt hiệu lực.

- *Quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu:*

Chủ sở hữu nhãn hiệu là tổ chức, cá nhân được Cục Sở hữu trí tuệ cấp văn bằng bảo hộ hoặc được công nhận đăng ký quốc tế hoặc có nhãn hiệu nổi tiếng[3]. Chủ sở hữu nhãn hiệu có các quyền: Sử dụng, cho phép người khác sử dụng nhãn hiệu; Ngăn cấm người khác sử dụng nhãn hiệu; Định đoạt quyền với nhãn hiệu[4].

1. Khoản 18 Điều 18 TPP.
2. Khoản 6 Điều 93 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
3. Khoản 1 Điều 121 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
4. Khoản 1 Điều 123 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

Liên quan tới quyền sử dụng, sử dụng nhãn hiệu được hiểu là các hành vi[1]:

+ Gắn nhãn hiệu được bảo hộ lên hàng hóa, bao bì hàng hóa, phương tiện kinh doanh, phương tiện dịch vụ, giấy tờ giao dịch trong hoạt động kinh doanh;

+ Lưu thông (bán, trưng bày để bán, vận chuyển sản phẩm)[2], chào bán, quảng cáo để bán, tàng trữ để bán hàng hóa mang nhãn hiệu được bảo hộ;

+ Nhập khẩu hàng hóa, dịch vụ mang nhãn hiệu được bảo hộ.

Liên quan tới quyền ngăn cấm, chủ sở hữu nhãn hiệu và người được chủ sở hữu nhãn hiệu chuyển giao quyền không có quyền ngăn cấm người khác sử dụng nhãn hiệu trong các trường hợp:

+ Lưu thông, nhập khẩu, khai thác công dụng của sản phẩm được đưa ra thị trường, kể cả thị trường nước ngoài một cách hợp pháp, trừ sản phẩm không phải do chính chủ sở hữu nhãn hiệu hoặc người được phép của chủ sở hữu nhãn hiệu đưa ra thị trường nước ngoài;

+ Sử dụng nhãn hiệu trùng hoặc tương tự với chỉ dẫn địa lý được bảo hộ nếu nhãn hiệu đó đã đạt được sự bảo hộ một cách trung thực trước ngày nộp đơn đăng ký chỉ dẫn địa lý đó;

+ Sử dụng một cách trung thực tên người, dấu hiệu mô tả chủng loại, số lượng, chất lượng, công dụng, giá trị, nguồn gốc địa lý và các đặc tính khác của hàng hóa, dịch vụ.

Liên quan tới quyền định đoạt, chủ sở hữu có thể định đoạt quyền với nhãn hiệu như sau:

+ Chuyển giao quyền với nhãn hiệu, bao gồm cả góp vốn bằng nhãn hiệu[3];

---

1. Khoản 5 Điều 124 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
2. Điều 21 Nghị định số 103/2006/NĐ-CP ngày 22 tháng 9 năm 2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 về sở hữu công nghiệp sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 122/2010/NĐ-CP (sau đây gọi tắt là Nghị định số 103/2006/NĐ-CP).
3. Khoản 2 Điều 35 Luật doanh nghiệp năm 2014.

+ Tự đình chỉ hiệu lực nhãn hiệu[1];

+ Các phương thức định đoạt khác.

Chủ sở hữu nhãn hiệu có nghĩa vụ sử dụng nhãn hiệu. Nếu chủ sở hữu không sử dụng nhãn hiệu trong 05 năm liên tục thì quyền sở hữu nhãn hiệu có thể bị chấm dứt hiệu lực theo quy định tại Điều 95 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005[2].

b) Sáng chế:

- *Đối tượng bảo hộ:*

Sáng chế là giải pháp kỹ thuật dưới dạng sản phẩm hoặc quy trình nhằm giải quyết một vấn đề xác định bằng việc ứng dụng các quy luật tự nhiên[3]. Một giải pháp kỹ thuật có thể được bảo hộ sáng chế dưới dạng bằng độc quyền sáng chế hoặc bằng độc quyền giải pháp hữu ích. Tương ứng, có hai loại đơn đăng ký sáng chế là: Đơn xin cấp bằng độc quyền sáng chế và Đơn xin cấp bằng độc quyền giải pháp hữu ích. Bằng độc quyền sáng chế và Bằng độc quyền giải pháp hữu ích khác nhau ở điều kiện bảo hộ và thời hạn bảo hộ. Sáng chế muốn được bảo hộ phải không thuộc các đối tượng loại trừ theo quy định tại Điều 59 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 và đáp ứng các điều kiện bảo hộ.

- *Điều kiện bảo hộ:*

Sáng chế dưới dạng Bằng độc quyền sáng chế phải đáp ứng ba tiêu chí: Tính mới, trình độ sáng tạo và khả năng áp dụng công nghiệp. Trong khi đó, sáng chế dưới dạng Bằng độc quyền giải pháp hữu ích chỉ phải đáp ứng hai tiêu chí: Tính mới và khả năng áp dụng công nghiệp.

- *Tính mới:*

Sáng chế được coi là có tính mới nếu chưa bị bộc lộ công khai dưới hình thức sử dụng, mô tả bằng văn bản hoặc bất kỳ hình thức nào khác ở trong nước hoặc ở nước ngoài trước ngày nộp đơn đăng ký sáng chế hoặc trước ngày ưu tiên trong trường hợp đơn đăng ký sáng chế được

1. Điểm b khoản 1 Điều 95 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
2. Khoản 2 Điều 136 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
3. Khoản 12 Điều 4 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

hưởng quyền ưu tiên[1]. Sáng chế được coi là chưa bị bộc lộ công khai nếu chỉ có một số lượng hạn chế người được biết và có nghĩa vụ giữ bí mật về sáng chế đó. Sáng chế không bị coi là mất tính mới nếu được công bố trong các trường hợp sau đây với điều kiện đơn đăng ký sáng chế được nộp trong thời hạn sáu tháng kể từ ngày công bố:

+ Sáng chế bị người khác công bố nhưng không được phép của người có quyền đăng ký quy định tại Điều 86 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005;

+ Sáng chế được người có quyền đăng ký quy định tại Điều 86 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 công bố dưới dạng báo cáo khoa học;

+ Sáng chế được người có quyền đăng ký quy định tại Điều 86 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 trưng bày tại cuộc triển lãm quốc gia của Việt Nam hoặc tại cuộc triển lãm quốc tế chính thức hoặc được thừa nhận là chính thức[2].

Tại Việt Nam, tác giả hoặc chủ sở hữu sáng chế thường phát triển sản phẩm và kinh doanh trên thực tế trước, tới khi thấy giải pháp kỹ thuật mang lại lợi nhuận mới nộp đơn đăng ký sáng chế. Điều này vô tình làm mất tính mới của sáng chế do sáng chế đã bị bộc lộ trên thị trường hoặc trên các kênh thông tin của chính tác giả, chủ sở hữu sáng chế. Một nguyên nhân khác thường làm mất tính mới là tác giả, chủ sở hữu sáng chế đã nộp đơn đăng ký tại một nước khác, một thời gian sau mới nộp đơn đăng ký tại Việt Nam. Nếu đơn nộp tại nước ngoài đã được công bố thì đơn tại Việt Nam sẽ mất tính mới và sáng chế không được bảo hộ.

- *Trình độ sáng tạo:*

Sáng chế được coi là có trình độ sáng tạo nếu căn cứ vào các giải pháp kỹ thuật đã được bộc lộ công khai dưới hình thức sử dụng, mô tả bằng văn bản hoặc dưới bất kỳ hình thức nào khác ở trong nước hoặc ở nước ngoài trước ngày nộp đơn hoặc trước ngày ưu tiên của đơn đăng ký sáng chế trong trường hợp đơn đăng ký sáng chế được hưởng

1. Khoản 1 Điều 60 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
2. Khoản 2 và khoản 3 Điều 60 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

quyền ưu tiên, sáng chế đó là một bước tiến sáng tạo, không thể được tạo ra một cách dễ dàng đối với người có hiểu biết trung bình về lĩnh vực kỹ thuật tương ứng[1]. Như vậy, cũng giống tính mới, tính sáng tạo của sáng chế được xét trên phạm vi toàn thế giới.

Pháp luật sở hữu trí tuệ không quy định thế nào là người có hiểu biết trung bình về lĩnh vực kỹ thuật tương ứng. Người có hiểu biết trung bình trong lĩnh vực kỹ thuật tương ứng có thể được hiểu là một người giả định, do thẩm định viên tưởng tượng ra và đặt mình vào để đánh giá trình độ sáng tạo của sáng chế so với giải pháp kỹ thuật gần nhất tìm được.

- *Khả năng áp dụng công nghiệp:*

Sáng chế được coi là có khả năng áp dụng công nghiệp nếu có thể thực hiện được việc chế tạo, sản xuất hàng loạt sản phẩm hoặc áp dụng lặp đi lặp lại quy trình là nội dung của sáng chế và thu được kết quả ổn định[2].

- *Thời hạn bảo hộ:*

Bằng độc quyền sáng chế có hiệu lực từ ngày cấp và kéo dài đến hết 20 năm kể từ ngày nộp đơn. Bằng độc quyền giải pháp hữu ích có hiệu lực từ ngày cấp và kéo dài đến hết 10 năm kể từ ngày nộp đơn. Bằng độc quyền sáng chế và giải pháp hữu ích không thể được gia hạn.

- *Quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu:*

Chủ sở hữu sáng chế là tổ chức, cá nhân được Cục Sở hữu trí tuệ cấp văn bằng bảo hộ[3].

Tương tự với nhãn hiệu, chủ sở hữu sáng chế có các quyền sau[4]:

+ Sử dụng, cho phép người khác sử dụng sáng chế;

+ Ngăn cấm người khác sử dụng sáng chế;

+ Định đoạt quyền với sáng chế.

---

1. Điều 61 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
2. Điều 62 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
3. Khoản 1 Điều 121 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
4. Khoản 1 Điều 123 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

Liên quan tới quyền sử dụng, sử dụng sáng chế là việc thực hiện các hành vi[1]:

+ Sản xuất sản phẩm được bảo hộ;

+ Áp dụng quy trình được bảo hộ;

+ Khai thác công dụng của sản phẩm được bảo hộ hoặc sản phẩm được sản xuất theo quy trình được bảo hộ;

+ Lưu thông, quảng cáo, chào hàng, tàng trữ để lưu thông sản phẩm mang sáng chế;

+ Nhập khẩu sản phẩm mang sáng chế.

Liên quan tới quyền ngăn cấm, chủ sở hữu sáng chế và người được chuyển giao quyền sở hữu/sử dụng đối với sáng chế không thể ngăn cấm người khác sử dụng sáng chế trong trường hợp:

+ Sử dụng sáng chế nhằm phục vụ nhu cầu cá nhân hoặc mục đích phi thương mại hoặc nhằm mục đích đánh giá, phân tích, nghiên cứu, giảng dạy, thử nghiệm, sản xuất thử hoặc thu thập thông tin để thực hiện thủ tục xin phép sản xuất, nhập khẩu, lưu hành sản phẩm;

+ Lưu thông, nhập khẩu, khai thác công dụng của sản phẩm được đưa ra thị trường, kể cả thị trường nước ngoài một cách hợp pháp;

+ Sử dụng sáng chế chỉ nhằm mục đích duy trì hoạt động của các phương tiện vận tải của nước ngoài đang quá cảnh hoặc tạm thời nằm trong lãnh thổ Việt Nam;

+ Sử dụng sáng chế do người có quyền sử dụng trước thực hiện;

+ Sử dụng sáng chế là đối tượng bắt buộc chuyển giao quyền sử dụng sáng chế do người được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép thực hiện.

Liên quan tới quyền định đoạt, chủ sở hữu sáng chế có thể thực hiện quyền định đoạt theo các phương thức như định đoạt quyền với nhãn hiệu đã nêu ở trên. Chủ sở hữu sáng chế có các nghĩa vụ sau:

---

1. Khoản 1 Điều 124 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

+ Nộp lệ phí duy trì hiệu lực đúng hạn, nếu không quyền với sáng chế sẽ bị chấm dứt hiệu lực[1];

+ Trả thù lao cho tác giả sáng chế trong suốt thời hạn bảo hộ của sáng chế[2];

+ Sản xuất sản phẩm được bảo hộ hoặc áp dụng quy trình được bảo hộ để đáp ứng nhu cầu quốc phòng, an ninh, phòng bệnh, chữa bệnh, dinh dưỡng cho nhân dân hoặc các nhu cầu cấp thiết khác của xã hội. Nếu không thực hiện, chủ sở hữu sáng chế có thể bị Nhà nước bắt buộc chuyển giao quyền sử dụng sáng chế[3].

- Quyền của người sử dụng trước:

Nếu một người sử dụng sáng chế do mình tạo ra một cách độc lập trước thời điểm một người khác nộp đơn đăng ký sáng chế đồng nhất với sáng chế được sử dụng trước (người có quyền sử dụng trước), người đó có thể tiếp tục sử dụng sáng chế trong phạm vi đã sử dụng mà không bị coi là xâm phạm quyền.

Tuy nhiên, người có quyền sử dụng trước không được chuyển giao quyền sử dụng trước cho người khác trừ trường hợp chuyển giao quyền đó kèm theo việc chuyển giao cơ sở sản xuất, kinh doanh nơi sử dụng sáng chế. Người có quyền sử dụng trước không được mở rộng phạm vi, khối lượng sử dụng nếu không được chủ sở hữu sáng chế cho phép[4].

c) Kiểu dáng công nghiệp:

- Đối tượng bảo hộ:

Kiểu dáng công nghiệp là hình dáng bên ngoài của sản phẩm được thể hiện bằng hình khối, đường nét, màu sắc hoặc sự kết hợp những yếu tố này[5]. Kiểu dáng công nghiệp có thể dưới dạng hình hai chiều

1. Khoản 2 Điều 95 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
2. Khoản 1 Điều 135 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
3. Khoản 1 Điều 136 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
4. Khoản 1 Điều 134 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
5. Khoản 13 Điều 4 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

(nhãn sản phẩm) hoặc hình ba chiều. Kiểu dáng công nghiệp được bảo hộ nếu không thuộc các đối tượng loại trừ theo quy định tại Điều 64 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 và đáp ứng các điều kiện bảo hộ.

- *Điều kiện bảo hộ:*

Tương tự với sáng chế, kiểu dáng công nghiệp phải đáp ứng ba điều kiện:

+ Tính mới: Khác biệt đáng kể với những kiểu dáng công nghiệp đã bị bộc lộ dưới bất kỳ hình thức nào, ở bất cứ đâu trước ngày nộp đơn hoặc ngày ưu tiên, nếu đơn được hưởng quyền ưu tiên;

+ Tính sáng tạo: Không thể tạo ra một cách dễ dàng bởi người có hiểu biết trung bình trong lĩnh vực kỹ thuật tương ứng dựa vào các kiểu dáng công nghiệp đã bộc lộ dưới bất kỳ hình thức nào, ở bất kỳ đâu trước ngày nộp đơn hoặc ngày ưu tiên, nếu đơn được hưởng quyền ưu tiên;

+ Khả năng áp dụng công nghiệp: Có thể chế tạo hàng loạt bằng phương pháp công nghiệp hoặc thủ công nghiệp.

- *Thời hạn bảo hộ:*

Bằng độc quyền kiểu dáng công nghiệp có hiệu lực từ ngày cấp và kéo dài đến hết 05 năm kể từ ngày nộp đơn, có thể gia hạn hai lần liên tiếp, mỗi lần 05 năm[1]. Như vậy, kiểu dáng công nghiệp được bảo hộ tối đa 15 năm.

- *Quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu:*

Chủ sở hữu kiểu dáng công nghiệp là tổ chức, cá nhân được cấp văn bằng bảo hộ. Tương tự với các đối tượng sở hữu công nghiệp khác, chủ sở hữu kiểu dáng công nghiệp có các quyền:

+ Sử dụng, cho phép người khác sử dụng kiểu dáng công nghiệp;

+ Ngăn cấm người khác sử dụng kiểu dáng công nghiệp;

+ Định đoạt quyền với kiểu dáng công nghiệp.

---

1. Khoản 4 Điều 93 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

Liên quan tới quyền sử dụng, sử dụng kiểu dáng công nghiệp được hiểu là:

+ Sản xuất sản phẩm có hình dáng bên ngoài là kiểu dáng công nghiệp được bảo hộ;

+ Lưu thông, quảng cáo, chào hàng, tàng trữ để lưu thông sản phẩm mang kiểu dáng công nghiệp được bảo hộ;

+ Nhập khẩu sản phẩm mang kiểu dáng công nghiệp được bảo hộ.

Liên quan tới quyền ngăn cấm người khác sử dụng, tương tự với sáng chế, chủ sở hữu kiểu dáng công nghiệp không có quyền ngăn cấm trong các trường hợp:

+ Sử dụng kiểu dáng công nghiệp nhằm phục vụ nhu cầu cá nhân hoặc mục đích phi thương mại hoặc nhằm mục đích đánh giá, phân tích, nghiên cứu, giảng dạy, thử nghiệm, sản xuất thử hoặc thu thập thông tin để thực hiện thủ tục xin phép sản xuất, nhập khẩu, lưu hành sản phẩm;

+ Lưu thông, nhập khẩu, khai thác công dụng của sản phẩm được đưa ra thị trường, kể cả thị trường nước ngoài một cách hợp pháp;

+ Sử dụng kiểu dáng công nghiệp chỉ nhằm mục đích duy trì hoạt động của các phương tiện vận tải của nước ngoài đang quá cảnh hoặc tạm thời nằm trong lãnh thổ Việt Nam;

+ Sử dụng kiểu dáng công nghiệp do người có quyền sử dụng trước thực hiện theo quy định tại Điều 134 của Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

Chủ sở hữu kiểu dáng công nghiệp có nghĩa vụ trả thù lao cho tác giả kiểu dáng công nghiệp theo quy định tại Điều 135 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 trong suốt thời hạn bảo hộ của kiểu dáng công nghiệp.

d) Chỉ dẫn địa lý:

- *Đối tượng bảo hộ:*

Chỉ dẫn địa lý là dấu hiệu dùng để chỉ sản phẩm có nguồn gốc từ khu vực, địa phương, vùng lãnh thổ hay quốc gia cụ thể. Chỉ dẫn địa lý được bảo hộ khi không thuộc đối tượng loại trừ theo Điều 80 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 và thỏa mãn các điều kiện bảo hộ.

- *Điều kiện bảo hộ:*

Chỉ dẫn địa lý được bảo hộ phải đáp ứng hai điều kiện:

+ Sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý có nguồn gốc địa lý từ khu vực, địa phương, vùng lãnh thổ hoặc nước tương ứng với chỉ dẫn địa lý. Tiêu chí này có nghĩa khu vực, địa phương, vùng lãnh thổ tương ứng với chỉ dẫn địa lý phải là vùng sản xuất nên sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý.

+ Sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý có danh tiếng, chất lượng hoặc đặc tính chủ yếu do điều kiện địa lý của khu vực, địa phương, vùng lãnh thổ hoặc nước tương ứng với chỉ dẫn địa lý đó quyết định. Tiêu chí này nhấn mạnh về truyền thống sản xuất của địa phương, chứ không bắt buộc nguyên liệu làm nên sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý hay tất cả quy trình làm sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý phải ở địa phương tương ứng. Ví dụ: Một số hộ sản xuất nước mắm Phú Quốc quy mô lớn tại thời điểm chỉ dẫn địa lý được cấp vẫn chở nước mắm ra Thành phố Hồ Chí Minh đóng chai.

- *Thời hạn bảo hộ:*

Giấy chứng nhận đăng ký chỉ dẫn địa lý có hiệu lực vô thời hạn kể từ ngày cấp[1].

Về bản chất, chỉ dẫn địa lý được bảo hộ tới khi nào địa danh không còn đáp ứng điều kiện để tạo nên sự khác biệt về sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý.

- *Chủ sở hữu, tổ chức quản lý và tổ chức, cá nhân được trao quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý:*

Quyền sở hữu chỉ dẫn địa lý tại Việt Nam thuộc về Nhà nước. Nhà nước với tư cách là chủ sở hữu chỉ dẫn địa lý trao quyền sử dụng cho tổ chức, cá nhân sản xuất sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý tại địa phương tương ứng[2]. Nhà nước giao Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương quản lý chỉ dẫn địa lý (tổ chức quản lý chỉ dẫn địa lý).

---

1. Khoản 7 Điều 93 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
2. Khoản 4 Điều 121 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

Ủy ban nhân dân có thể trao quyền quản lý lại cho tổ chức đại diện quyền lợi của tổ chức, cá nhân sử dụng chỉ dẫn địa lý[1]. Tuy nhiên, vấn đề trao quyền sử dụng như thế nào, quản lý chỉ dẫn địa lý ra sao chưa được đề cập trong pháp luật.

Chủ sở hữu (Nhà nước) có các quyền đối với chỉ dẫn địa lý tương tự quyền của chủ sở hữu với đối tượng sở hữu công nghiệp nói chung.

Tổ chức quản lý chỉ dẫn địa lý có các quyền sau:

+ Cho phép người khác sử dụng chỉ dẫn địa lý đó;

+ Ngăn cấm người khác sử dụng chỉ dẫn địa lý.

Người được trao quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý có quyền ngăn cấm người khác sử dụng chỉ dẫn địa lý mình được trao quyền sử dụng. Chủ sở hữu, tổ chức quản lý và tổ chức, cá nhân được trao quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý không có quyền ngăn cấm người khác thực hiện các hành vi sau[2]:

+ Lưu thông, nhập khẩu, khai thác công dụng của sản phẩm được đưa ra thị trường, kể cả thị trường nước ngoài một cách hợp pháp;

+ Sử dụng nhãn hiệu trùng hoặc tương tự với chỉ dẫn địa lý được bảo hộ nếu nhãn hiệu đó đã đạt được sự bảo hộ một cách trung thực trước ngày nộp đơn đăng ký chỉ dẫn địa lý đó.

đ) Thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn:

Thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn (sau đây gọi tắt là thiết kế bố trí) là cấu trúc không gian của các phần tử mạch và mối liên kết các phần tử đó trong mạch tích hợp bán dẫn[3]. Thiết kế bố trí được bảo hộ nếu không thuộc các đối tượng loại trừ tại Điều 69 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 và đáp ứng các điều kiện: Tính nguyên gốc và tính mới thương mại.

Thiết kế bố trí có tính nguyên gốc nếu: Là kết quả lao động sáng tạo của chính tác giả và chưa được những người sáng tạo thiết kế bố trí

1. Điều 19 Nghị định số 103/2006/NĐ-CP.
2. Khoản 2 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
3. Khoản 15 Điều 4 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

và những nhà sản xuất mạch tích hợp bán dẫn biết đến một cách rộng rãi tại thời điểm tạo ra thiết kế bố trí đó[1].

Thiết kế bố trí được coi là có tính mới thương mại nếu: Chưa được khai thác thương mại tại bất kỳ nơi nào trên thế giới trước ngày nộp đơn đăng ký.

Thiết kế bố trí không bị coi là mất tính mới thương mại nếu đơn đăng ký thiết kế bố trí được nộp trong thời hạn 02 năm kể từ ngày thiết kế bố trí đó đã được người có quyền đăng ký quy định tại Điều 86 của Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 hoặc người được người đó cho phép khai thác nhằm mục đích thương mại lần đầu tiên tại bất kỳ nơi nào trên thế giới[2].

Giấy chứng nhận đăng ký thiết kế bố trí có hiệu lực từ ngày cấp và chấm dứt vào ngày sớm nhất trong số những ngày sau đây[3]:

+ Kết thúc 10 năm kể từ ngày nộp đơn;

+ Kết thúc 10 năm kể từ ngày thiết kế bố trí được người có quyền đăng ký hoặc người được người đó cho phép khai thác thương mại lần đầu tiên tại bất kỳ nơi nào trên thế giới;

+ Kết thúc 15 năm kể từ ngày tạo ra thiết kế bố trí.

e) Tên thương mại:

Tên thương mại là tên gọi của tổ chức, cá nhân dùng trong hoạt động kinh doanh để phân biệt chủ thể kinh doanh mang tên gọi đó với chủ thể kinh doanh khác trong cùng lĩnh vực và khu vực kinh doanh[4].

Tên thương mại được bảo hộ nếu có khả năng phân biệt chủ thể kinh doanh mang tên thương mại đó với chủ thể kinh doanh khác trong cùng lĩnh vực và khu vực kinh doanh, cụ thể là:

- Chứa thành phần tên riêng, trừ trường hợp đã được biết đến rộng rãi do sử dụng;

---

1. Điều 70 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
2. Khoản 2 Điều 71 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
3. Khoản 5 Điều 93 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
4. Khoản 21 Điều 4 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

- Không trùng hoặc tương tự đến mức gây nhầm lẫn với tên thương mại mà người khác đã sử dụng trước trong cùng lĩnh vực và khu vực kinh doanh;

- Không trùng hoặc tương tự đến mức gây nhầm lẫn với nhãn hiệu của người khác hoặc với chỉ dẫn địa lý đã được bảo hộ trước ngày tên thương mại đó được sử dụng[1].

Pháp luật sở hữu trí tuệ không quy định "khu vực kinh doanh" là Việt Nam. Tuy nhiên, trong quan hệ so sánh với doanh nghiệp Việt Nam, tên thương mại của doanh nghiệp nước ngoài sẽ vẫn được bảo hộ nếu tên thương mại đó được sử dụng tại Việt Nam trước và trong cùng lĩnh vực kinh doanh.

Tên thương mại có nhiều điểm tương đồng với tên doanh nghiệp. Luật doanh nghiệp năm 2014 yêu cầu tên doanh nghiệp phải có ít nhất hai thành tố là loại hình doanh nghiệp và tên riêng, cũng như không được trùng hoặc gây nhầm lẫn với tên của doanh nghiệp đã đăng ký. Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 và Luật doanh nghiệp năm 2014 đều không cho phép dùng tên cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, v.v., làm tên thương mại hay tên doanh nghiệp. Tuy có nhiều điểm tương đồng, tên doanh nghiệp chỉ được coi là tên thương mại khi có các tài liệu chứng minh tên cơ sở kinh doanh, tên doanh nghiệp đó được sử dụng trong thực tế hoạt động kinh doanh hợp pháp và đáp ứng điều kiện bảo hộ theo quy định tại Điều 76, 77 và 78 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005[2]. Một điểm đáng lưu ý là doanh nghiệp không được đặt tên doanh nghiệp xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ với nhãn hiệu, tên thương mại, chỉ dẫn địa lý. Doanh nghiệp vi phạm quy định này có thể bị buộc thay đổi tên, loại bỏ yếu tố vi phạm trong tên doanh nghiệp[3].

---

1. Điều 78 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

2. Điều 14 Thông tư số 11/2015/TT-BKHCN ngày 26 tháng 6 năm 2015 của Bộ Khoa học và công nghệ hướng dẫn một số điều của Nghị định số 99/2013/NĐ-CP của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp (sau đây gọi tắt là Thông tư số 11/2015/TT-BKHCN).

3. Điều 3 Nghị định số 99/2013/NĐ-CP ngày 29 tháng 08 năm 2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp (sau đây gọi tắt là Nghị định số 99/2013/NĐ-CP); Điều 4 Thông tư số 11/2015/TT-BKHCN.

g) Bí mật kinh doanh:

Bí mật kinh doanh là thông tin thu được từ hoạt động đầu tư tài chính, trí tuệ, chưa được bộc lộ và có khả năng sử dụng trong kinh doanh[1]. Như vậy, hầu như bất kỳ loại thông tin nào cũng có thể là bí mật kinh doanh, ví dụ như các thông tin kỹ thuật, khoa học và tài chính, bao gồm: Kế hoạch kinh doanh, quy trình kinh doanh, danh sách khách hàng chủ chốt, danh sách nhà cung cấp đáng tin cậy hoặc nhà cung cấp đặc biệt, bản mô tả đặc điểm kỹ thuật của sản phẩm, tính năng của sản phẩm, giá mua nguyên vật liệu thô, dữ liệu thử nghiệm, hình vẽ hoặc hình vẽ phác thảo kỹ thuật, thông số kỹ thuật chế tạo, công thức nấu ăn độc quyền, công thức tính toán, nội dung của sổ ghi chép trong phòng thí nghiệm, cơ cấu tiền lương của công ty, giá sản phẩm và mức chi cho hoạt động quảng cáo, mã nguồn, mã máy, cơ sở dữ liệu và tập hợp dữ liệu điện tử, hợp đồng chứa các chi tiết về ràng buộc thị trường, tài liệu quảng cáo hay tiếp thị đang được xây dựng, v.v..

Bí mật kinh doanh được bảo hộ nếu không phải là đối tượng loại trừ theo Điều 85 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 và đáp ứng các điều kiện:

- Không phải là hiểu biết thông thường và không dễ dàng có được;

- Khi được sử dụng trong kinh doanh sẽ tạo cho người nắm giữ bí mật kinh doanh lợi thế so với người không nắm giữ hoặc không sử dụng bí mật kinh doanh đó;

- Được chủ sở hữu bảo mật bằng các biện pháp cần thiết để bí mật kinh doanh đó không bị bộc lộ và không dễ dàng tiếp cận được.

Ưu điểm của bảo hộ bí mật kinh doanh là không mất chi phí, không phải công bố thông tin, bảo hộ vô thời hạn và ngay lập tức. Tuy nhiên, bản chất của bảo hộ bí mật kinh doanh là chống lại việc có được, sử dụng hoặc bộc lộ thông tin bí mật kinh doanh một cách không hợp pháp. Do đó, bảo hộ theo bí mật kinh doanh có nhiều nhược điểm: Bí mật trong sản phẩm có thể bị tìm ra thông qua "phân tích ngược" mà không bị coi là bất hợp pháp; khó thực thi, khả năng thực thi yếu hơn nhiều so với

1. Khoản 23 Điều 4 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

sáng chế; và người khác có thể đăng ký giải pháp kỹ thuật là bí mật kinh doanh dưới dạng sáng chế nếu người đó tìm ra sáng chế tương tự với bí mật kinh doanh một cách hợp pháp.

2. Xác lập quyền sở hữu công nghiệp

a) Căn cứ xác lập quyền:

Quyền sở hữu công nghiệp với nhãn hiệu, sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí, chỉ dẫn địa lý phát sinh trên cơ sở quyết định cấp văn bằng bảo hộ của Cục Sở hữu trí tuệ. Quyền sở hữu công nghiệp với nhãn hiệu đăng ký quốc tế theo Thỏa ước Madrid và Nghị định thư Madrid phát sinh trên cơ sở công nhận đăng ký quốc tế của Cục Sở hữu trí tuệ.

Quyền sở hữu công nghiệp với tên thương mại phát sinh trên cơ sở sử dụng hợp pháp tên thương mại đó. Quyền sở hữu công nghiệp với nhãn hiệu nổi tiếng cũng phát sinh trên cơ sở sử dụng nhãn hiệu.

Quyền sở hữu công nghiệp với bí mật kinh doanh phát sinh trên cơ sở có được bí mật kinh doanh một cách hợp pháp và thực hiện việc bảo mật bí mật kinh doanh đó[1].

b) Thủ tục xác lập quyền:

Như vậy, chủ sở hữu tên thương mại và bí mật kinh doanh không phải đăng ký tên thương mại và bí mật kinh doanh của mình để được bảo hộ. Các đối tượng sở hữu công nghiệp còn lại phải trải qua thủ tục đăng ký với Cục Sở hữu trí tuệ.

Việt Nam áp dụng nguyên tắc nộp đơn đầu tiên trong đăng ký bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp. Cụ thể, nếu có nhiều đơn của nhiều người khác nhau nộp cho các đối tượng sở hữu công nghiệp trùng, không khác biệt đáng kể hoặc tương tự nhau cho sản phẩm, dịch vụ trùng hoặc tương tự nhau, thì văn bằng bảo hộ chỉ được cấp cho đơn hợp lệ có ngày ưu tiên hoặc ngày nộp đơn sớm nhất trong số những đơn đáp ứng các điều kiện để được cấp văn bằng bảo hộ[2]. Nói cách khác, Cục Sở hữu trí tuệ sẽ từ chối cấp văn bằng bảo hộ nếu đã có một cá nhân, tổ chức khác

1. Điều 6 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 và Điều 6 Nghị định số 103/2006/NĐ-CP.
2. Điều 90 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

nộp đơn cho một đối tượng sở hữu công nghiệp trùng, không khác biệt đáng kể hoặc tương tự với sản phẩm, dịch vụ, đối tượng đang xét.

- *Quyền đăng ký:*

Người có quyền đăng ký là người có tư cách nộp đơn tại Cục Sở hữu trí tuệ và được đề tên trên văn bằng bảo hộ. Quyền đăng ký quyền sở hữu công nghiệp, ngoại trừ chỉ dẫn địa lý, là quyền có thể chuyển giao. Không có khái niệm "quyền đăng ký tên thương mại" và "quyền đăng ký bí mật kinh doanh" do quyền với các đối tượng này không phát sinh trên cơ sở đăng ký.

+ *Sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí:* Quyền đăng ký sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí thuộc về: Tác giả tạo ra sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí bằng chi phí và công sức của mình hoặc tổ chức đầu tư kinh phí, phương tiện vật chất cho tác giả sáng tạo dựa trên hợp đồng giao việc, thuê việc[1]. Trong trường hợp sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí tạo ra từ ngân sách nhà nước, tổ chức đại diện phần vốn nhà nước đầu tư đại diện cho Nhà nước thực hiện quyền đăng ký[2]. Nếu nhiều tổ chức, cá nhân cùng nhau đầu tư tạo ra sáng chế, kiểu dáng, thiết kế bố trí, tất cả các cá nhân, tổ chức này đều có quyền đăng ký. Tuy nhiên, quyền này chỉ có thể thực hiện khi tất cả các cá nhân, tổ chức có quyền đăng ký đồng ý.

+ *Nhãn hiệu:* Quyền đăng ký nhãn hiệu thông thường thuộc về bất kỳ tổ chức, cá nhân nào sản xuất hàng hóa, cung cấp dịch vụ. Tổ chức, cá nhân không sản xuất mà chỉ phân phối hợp pháp hàng hóa chỉ có quyền đăng ký nhãn hiệu nếu người sản xuất không sử dụng nhãn hiệu đó cho sản phẩm và không phản đối việc đăng ký. Quyền đăng ký nhãn hiệu chứng nhận thuộc về tổ chức có chức năng kiểm soát, chứng nhận chất lượng, đặc tính, nguồn gốc hoặc tiêu chí khác liên quan đến hàng hóa, dịch vụ. Nhãn hiệu có thể được đăng ký cùng dưới tên nhiều cá nhân, tổ chức khác nhau, dưới dạng đồng sở hữu[3].

---

1. Khoản 1 Điều 86 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
2. Điều 9 Nghị định số 103/2006/NĐ-CP.
3. Điều 87 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

+ *Chỉ dẫn địa lý:* Quyền đăng ký chỉ dẫn địa lý của Việt Nam thuộc về Nhà nước. Nhà nước chuyển quyền đăng ký cho tổ chức, cá nhân sản xuất sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý, tổ chức tập thể đại diện cho các tổ chức, cá nhân đó hoặc cơ quan quản lý hành chính địa phương nơi có chỉ dẫn địa lý thực hiện quyền đăng ký chỉ dẫn địa lý[1].

- *Thủ tục đăng ký:*

Tất cả các loại đơn đăng ký sở hữu công nghiệp về cơ bản trải qua các quy trình sau: Nộp và tiếp nhận đơn; thẩm định hình thức đơn; công bố đơn hợp lệ; thẩm định nội dung đơn (trừ đơn đăng ký thiết kế bố trí không tiến hành thủ tục thẩm định nội dung đơn); cấp hoặc từ chối cấp văn bằng bảo hộ; đăng bạ và công bố quyết định cấp văn bằng bảo hộ.

+ Nộp và tiếp nhận đơn: Tổ chức, cá nhân chọn một trong hai cách nộp đơn: Trực tiếp tại Cục Sở hữu trí tuệ hoặc một trong các văn phòng của Cục Sở hữu trí tuệ tại Thành phố Hồ Chí Minh và Đà Nẵng, hoặc nộp qua đường bưu điện. Các tài liệu kèm theo đơn được liệt kê tại Điều 100 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 và Mục 7 Thông tư số 01/2007/TT-BKHCN ngày 14-2-2007 hướng dẫn thi hành Nghị định số 703/2006/NĐ-CP ngày 22-9-2006 của Chính phủ hướng dẫn thi hành một số điều của Luật sở hữu trí tuệ về sở hữu công nghiệp.

+ Thẩm định hình thức: Thẩm định hình thức là việc kiểm tra việc tuân thủ các quy định về hình thức đối với đơn đăng ký, từ đó đưa ra kết luận đơn đăng ký có được coi là hợp lệ hay không. Kết quả của giai đoạn thẩm định hình thức là quyết định chấp nhận hoặc quyết định từ chối chấp nhận hợp lệ.

+ Công bố đơn hợp lệ: Đơn đăng ký đã được chấp thuận là đơn hợp lệ được công bố trên Công báo sở hữu công nghiệp, để các bên thứ ba biết và phản đối nếu thấy quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm. Bên thứ ba có quyền phản đối trước khi có quyết định cấp văn bằng bảo hộ hoặc quyết định từ chối cấp văn bằng bảo hộ.

+ Thẩm định nội dung: Mục đích của việc thẩm định nội dung đơn

---

1. Điều 88 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

đăng ký là đánh giá khả năng được bảo hộ của đối tượng nêu trong đơn theo các điều kiện bảo hộ, xác định phạm vi (khối lượng) bảo hộ tương ứng. Kết quả của giai đoạn thẩm định nội dung là thông báo cấp văn bằng bảo hộ hoặc thông báo dự định từ chối cấp văn bằng bảo hộ. Với đơn đăng ký bổ sung sáng chế theo Hiệp ước hợp tác về sáng chế (đơn PCT), Cục Sở hữu trí tuệ tiến hành "công bố lại" sau khi đơn đã vào giao đoạn quốc gia. Thông báo này không làm chấm dứt quyền hay phát sinh quyền, mà chỉ thể hiện dự định của Cục Sở hữu trí tuệ để người nộp đơn cho ý kiến.

+ Cấp hoặc từ chối cấp văn bằng bảo hộ: Nếu Cục Sở hữu trí tuệ ra thông báo dự định cấp văn bằng bảo hộ, trong vòng mười ngày kể từ ngày người nộp đơn nộp đầy đủ và đúng hạn các khoản phí và lệ phí, Cục Sở hữu trí tuệ ra quyết định cấp văn bằng bảo hộ. Nếu Cục Sở hữu trí tuệ ra quyết định từ chối cấp văn bằng bảo hộ, người nộp đơn có quyền khiếu nại và khởi kiện quyết định này theo quy định của pháp luật khiếu nại và pháp luật tố tụng hành chính.

+ Đăng bạ và công bố quyết định cấp văn bằng bảo hộ: Đăng bạ, còn gọi là sổ đăng ký quốc gia về sở hữu công nghiệp, là cơ sở dữ liệu của Cục Sở hữu trí tuệ về các văn bằng bảo hộ đã cấp. Sau khi có quyết định cấp văn bằng bảo hộ, Cục Sở hữu trí tuệ sẽ ghi nhận thông tin về đối tượng sở hữu công nghiệp vào đăng bạ và công bố quyết định cấp văn bằng bảo hộ trên Công báo sở hữu công nghiệp.

Thời hạn Cục Sở hữu trí tuệ thực hiện mỗi quy trình trên khác nhau tùy đối tượng (tham khảo Bảng 12 Phụ lục). Trên thực tế, thời hạn đăng ký thường dài hơn thời hạn luật định, do lượng đơn tồn đọng tại Cục Sở hữu trí tuệ rất lớn.

Đối với đơn đăng ký nhãn hiệu quốc tế có chỉ định Việt Nam theo Thỏa ước Madrid hoặc Nghị định thư Madrid và đơn đăng ký sáng chế quốc tế theo hệ thống PCT, văn phòng quốc tế WIPO thực hiện thẩm định hình thức và công bố đơn. Cục Sở hữu trí tuệ tiến hành từ bước thẩm định nội dung. Kết quả của thẩm định nội dung là quyết định cấp văn bằng bảo hộ hoặc quyết định từ chối cấp văn bằng bảo hộ.

3. Chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp

Chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp được hiểu là việc chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp chuyển giao toàn bộ hoặc một phần quyền đối với tài sản trí tuệ của mình cho cá nhân, tổ chức khác.

a) Chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp:

Giống như chuyển nhượng tài sản hữu hình, chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp là việc chủ sở hữu (bên chuyển nhượng) chuyển toàn bộ quyền sở hữu của mình cho tổ chức, cá nhân khác (bên nhận chuyển nhượng).

Đặc điểm của hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp:

- Là giao dịch một lần, mang tính chất "mua đứt, bán đoạn";

- Tất cả quyền đối với đối tượng sở hữu công nghiệp chuyển từ bên chuyển nhượng sang bên nhận chuyển nhượng, bao gồm quyền sử dụng, quyền ngăn cấm người khác sử dụng và quyền chuyển giao đối tượng sở hữu công nghiệp;

- Tất cả nghĩa vụ đối với đối tượng sở hữu công nghiệp chuyển từ bên chuyển nhượng sang bên nhận chuyển nhượng, bao gồm nghĩa vụ sử dụng (nhãn hiệu, sáng chế), nghĩa vụ trả thù lao cho tác giả (sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí), nộp phí duy trì hiệu lực, gia hạn văn bằng.

Liên quan tới đối tượng chuyển nhượng, chỉ dẫn địa lý không thể được chuyển nhượng. Nhãn hiệu và tên thương mại chỉ có thể chuyển nhượng nếu đáp ứng các điều kiện theo quy định tại Điều 139 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005. Giao dịch chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp phải được lập thành văn bản với các nội dung theo quy định và phải đăng ký với Cục Sở hữu trí tuệ. Trên thực tế, giao dịch chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp có thể là một giao dịch mua bán tài sản vô hình độc lập hoặc là một phần của giao dịch hợp nhất, sáp nhập công ty. Chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp cũng là thủ tục phải thực hiện khi góp vốn bằng loại tài sản này và là cách thường được sử dụng khi chủ sở hữu đối tượng sở hữu công nghiệp không có khả năng hoặc không có nhu cầu hoặc không muốn khai thác lâu dài đối tượng sở hữu công nghiệp.

Chuyển nhượng quyền sở hữu công nghiệp cũng được sử dụng để duy trì hiệu lực của quyền sở hữu công nghiệp, khi chủ sở hữu là tổ chức sẽ chấm dứt sự tồn tại, chẳng hạn như phá sản hoặc giải thể.

b) Chuyển quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp:

Chuyển quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp, còn gọi là li-xăng, là việc chủ sở hữu đối tượng sở hữu công nghiệp (bên cấp li-xăng) cho phép người khác (bên nhận li-xăng) sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp của mình.

Đặc điểm của li-xăng đối tượng sở hữu công nghiệp:

- Là quan hệ thương mại lâu dài giữa bên cấp li-xăng và bên nhận li-xăng;

- Chỉ một phần quyền được chuyển giao, trong đó tối thiểu là quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp. Quyền và nghĩa vụ khác, bao gồm quyền li-xăng thứ cấp, được chuyển giao theo thỏa thuận các bên.

Liên quan tới đối tượng li-xăng, chỉ dẫn địa lý và tên thương mại không được phép li-xăng. Nhãn hiệu tập thể chỉ được li-xăng cho thành viên của chủ sở hữu nhãn hiệu tập thể. Bên nhận li-xăng nhãn hiệu và sáng chế phải thực hiện nghĩa vụ ghi nhãn và sử dụng theo Điều 142 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005. Giao dịch li-xăng quyền sở hữu công nghiệp phải được lập thành văn bản với các nội dung theo quy định tại Điều 144 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005. Hợp đồng li-xăng không bắt buộc phải được đăng ký, nhưng chỉ có hiệu lực với bên thứ ba nếu đã được đăng ký với Cục Sở hữu trí tuệ[1]. Theo Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, hợp đồng li-xăng có hai loại: Độc quyền và không độc quyền.

Hợp đồng li-xăng độc quyền là hợp đồng theo đó trong thời hạn li-xăng, bên cấp li-xăng không được cấp li-xăng cho một bên nào khác và chỉ được sử dụng đối tượng được li-xăng nếu được phép của bên nhận li-xăng;

Hợp đồng li-xăng không độc quyền là hợp đồng li-xăng theo đó bên cấp li-xăng có quyền cấp li-xăng cho các bên thứ ba và vẫn có quyền sử dụng đối tượng được li-xăng.

1. Điều 148 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

Trên thực tế, giao dịch li-xăng đối tượng sở hữu công nghiệp có thể là một giao dịch độc lập hoặc là một phần của giao dịch lớn hơn như hợp đồng đại lý, hợp đồng nhượng quyền thương mại, hợp đồng chuyển giao công nghệ, v.v..

Hợp đồng chuyển quyền sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ thường được sử dụng khi đối tượng sở hữu trí tuệ có giá trị thương mại cao trên thị trường, chủ sở hữu có nhu cầu sản xuất hoặc khai thác lâu dài. Một số hợp đồng đặc thù có điều khoản li-xăng đối tượng sở hữu công nghiệp như hợp đồng đại lý, hợp đồng nhượng quyền thương mại cũng là phương thức mở rộng thị trường của chủ sở hữu đối tượng sở hữu công nghiệp.

c) Bắt buộc chuyển giao quyền sử dụng với sáng chế:

Bắt buộc chuyển giao quyền sử dụng với sáng chế, còn gọi là li-xăng cưỡng bức hay li-xăng bắt buộc, là biện pháp hành chính theo đó chủ sở hữu sáng chế phải chuyển quyền sử dụng cho cá nhân, tổ chức khác không phải theo mong muốn của mình mà theo quyết định hành chính của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Một mặt, li-xăng cưỡng bức là biện pháp gây thiệt hại lợi ích của chủ sở hữu sáng chế, do chủ sở hữu sáng chế bị mất đi một phần quyền định đoạt. Mặt khác, đây là biện pháp chống độc quyền hợp pháp theo Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, phù hợp với các cam kết của Việt Nam trong Công ước Pari và Hiệp định TRIPS của Tổ chức thương mại thế giới (WTO). Căn cứ áp dụng được quy định tại Điều 145 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, chủ yếu dựa trên lợi ích công cộng, phục vụ mục đích phòng, chữa bệnh.

Do có thể gây thiệt hại lớn cho lợi ích của chủ sở hữu sáng chế, việc áp dụng li-xăng cưỡng bức phải tuân thủ các điều kiện chặt chẽ theo Điều 146 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, ví dụ như quyền sử dụng là quyền không độc quyền, chỉ áp dụng trong phạm vi và thời hạn vừa đủ, có bồi thường cho chủ sở hữu, v.v..

Từ khi Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 ra đời, Việt Nam chưa lần nào áp dụng biện pháp li-xăng cưỡng bức.

4. Thực thi quyền sở hữu công nghiệp

a) Hành vi xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp:

Hành vi xâm phạm quyền với sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí là hành vi: Sử dụng sáng chế được bảo hộ, kiểu dáng công nghiệp được bảo hộ hoặc kiểu dáng công nghiệp không khác biệt đáng kể với kiểu dáng đó, thiết kế bố trí được bảo hộ hoặc bất kỳ phần nào có tính nguyên gốc của thiết kế bố trí đó trong thời hạn hiệu lực của văn bằng bảo hộ mà không được phép của chủ sở hữu, hoặc sử dụng sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí mà không trả tiền đền bù theo quy định tại Điều 131 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 về quyền tạm thời[1].

Hành vi xâm phạm quyền với nhãn hiệu là hành vi sử dụng: Dấu hiệu trùng với nhãn hiệu được bảo hộ cho hàng hóa, dịch vụ trùng với hàng hóa dịch vụ thuộc danh mục đăng ký kèm theo nhãn hiệu đó; dấu hiệu trùng hoặc tương tự với nhãn hiệu được bảo hộ cho hàng hóa, dịch vụ trùng, tương tự hoặc liên quan tới hàng hóa, dịch vụ đăng ký, nếu việc sử dụng có thể gây nhầm lẫn về nguồn gốc hàng hóa, dịch vụ; sử dụng dấu hiệu tương tự với nhãn hiệu nổi tiếng cho hàng hóa, dịch vụ bất kỳ, nếu việc sử dụng có khả năng gây nhầm lẫn về nguồn gốc hàng hóa hoặc gây ấn tượng sai lệch về mối quan hệ giữa người sử dụng dấu hiệu đó với chủ sở hữu nhãn hiệu nổi tiếng[2].

Tương tự, hành vi xâm phạm quyền với tên thương mại và chỉ dẫn địa lý được quy định tại Điều 129 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

Hành vi xâm phạm quyền với bí mật kinh doanh là các hành vi tiếp cận, chiếm đoạt, bộc lộ trái phép bí mật kinh doanh theo Điều 127 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005. Dữ liệu thử nghiệm dược phẩm, nông hóa phẩm là một loại bí mật kinh doanh đặc biệt, được cung cấp cho cơ quan cấp phép kinh doanh nên được bảo hộ đặc biệt, tránh việc cơ quan đó bộc lộ và người nộp đơn xin cấp phép khác sử dụng chính dữ liệu đã nộp là cơ sở xin cấp phép sản phẩm[3].

1. Điều 126 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
2. Điều 129 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
3. Điều 128 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

Cá nhân, tổ chức thực hiện hành vi được liệt kê tại khoản 2 và khoản 3 Điều 125 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 không bị coi là xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ.

b) Hành vi cạnh tranh không lành mạnh:

Tương tự với hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ nhưng rộng hơn là hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Phạm vi của hành vi cạnh tranh không lành mạnh không chỉ bao gồm việc sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ tương tự gây nhầm lẫn mà còn mở rộng ra việc sử dụng các chỉ dẫn thương mại gây nhầm lẫn, bao gồm nhãn hiệu, tên thương mại, biểu tượng kinh doanh, khẩu hiệu kinh doanh, chỉ dẫn địa lý, kiểu dáng bao bì của hàng hóa, nhãn hàng hóa và tên miền.

c) Các biện pháp thực thi quyền:

Chủ thể quyền có thể thực hiện quyền tự bảo vệ hoặc yêu cầu các cơ quan thực thi xử lý hành vi xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp bằng các biện pháp dân sự, hành chính, hình sự hoặc yêu cầu áp dụng biện pháp kiểm soát hàng hóa xuất, nhập khẩu để phát hiện, ngăn chặn và xử lý hành vi xuất, nhập khẩu hàng hóa xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp. Các cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp, xử lý vi phạm gồm Tòa án, thanh tra, quản lý thị trường, hải quan, công an, Ủy ban nhân dân các cấp có thẩm quyền. Cụ thể là:

- *Biện pháp dân sự, hình sự:*

Tòa án có thẩm quyền áp dụng biện pháp dân sự và biện pháp hình sự. Trong trường hợp cần thiết, Tòa án có thể áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời theo quy định của pháp luật. Cần lưu ý, việc khởi kiện tại Tòa án chỉ nên thực hiện khi chủ thể quyền có thể chứng minh được thiệt hại của mình do hành vi vi phạm gây ra và có yêu cầu bồi thường thiệt hại. Tuy nhiên, việc chứng minh thiệt hại hiện nay còn gặp nhiều khó khăn do đặc thù của các tài sản trí tuệ là tài sản vô hình, do đó sẽ khó thuyết phục Tòa án chấp nhận các thiệt hại và yêu cầu bồi thường được đưa ra. Tòa án thường là nơi giải quyết các vụ việc tranh chấp có các tình tiết phức tạp, khi mà các chủ thể tranh chấp

không thể đưa ra được tiếng nói chung trong vụ tranh chấp hoặc là phương thức giải quyết tranh chấp áp dụng khi biện pháp hành chính không thành công.

- *Biện pháp hành chính:*

Các cơ quan thanh tra, công an, quản lý thị trường, hải quan, Ủy ban nhân dân các cấp có thẩm quyền áp dụng biện pháp này. Trong trường hợp cần thiết, các cơ quan này có thể áp dụng biện pháp ngăn chặn và xử phạt hành chính theo quy định của pháp luật. Hiện nay, việc xử lý các vi phạm về sở hữu trí tuệ ở cả quy mô nhỏ, vừa và lớn thường được giải quyết theo biện pháp hành chính vì các cơ quan như quản lý thị trường, công an, v.v., thường có những bộ phận chuyên môn để giám sát và kiểm tra việc tuân thủ pháp luật. Cơ quan quản lý thị trường hiện nay có các đội cơ động chuyên giám sát thị trường và tiến hành xử phạt hành chính với những vi phạm về sở hữu trí tuệ. Cơ quan này hoạt động khá hiệu quả bởi tính linh hoạt và kinh nghiệm công tác. Bên cạnh đó, cơ quan công an kinh tế cũng có những lợi thế nhất định trong việc giải quyết các xâm phạm về sở hữu trí tuệ như kiểm tra, xử lý việc buôn bán, nhập khẩu hàng giả với số lượng lớn.

- *Biện pháp kiểm soát hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ:*

Cơ quan Hải quan có thẩm quyền áp dụng biện pháp này. Chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ có quyền yêu cầu hải quan đình chỉ việc thông quan của hoạt động xuất khẩu, nhập khẩu. Ngoài việc phải chứng minh chủ sở hữu thực sự của quyền sở hữu trí tuệ, người yêu cầu còn phải đặt cọc một khoản tiền và chứng minh rằng hàng hóa bị đình chỉ trên xâm phạm tới quyền sở hữu trí tuệ của mình. Mặc dù thời hạn đình chỉ việc thông quan là 10 ngày, nhưng người yêu cầu có thể gia hạn thêm 20 ngày nếu có lý do hợp pháp. Trong thời gian đình chỉ, chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ phải chứng minh được các hành vi vi phạm trên. Trong trường hợp không chứng minh được, người yêu cầu đình chỉ sẽ phải bồi thường thiệt hại cho chủ sở hữu hàng hóa những thiệt hại do hàng hóa bị đình chỉ thông quan.

Ngoài ra, Bộ Công Thương, Bộ Thông tin và Truyền thông và Bộ Kế hoạch và Đầu tư cũng tham gia thực thi quyền sở hữu trí tuệ, trong các vụ việc xử lý hành vi cạnh tranh không lành mạnh, xử lý tên miền xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ và xử lý tên doanh nghiệp xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ. Để xác định một dấu hiệu có phải yếu tố xâm phạm quyền không, các cơ quan thực thi pháp luật trên có thể cần tới sự hỗ trợ của cơ quan giám định về sở hữu trí tuệ. Ở Việt Nam, cơ quan giám định sở hữu trí tuệ uy tín là Viện Khoa học Sở hữu trí tuệ do Bộ trưởng Bộ Khoa học và Công nghệ thành lập. Cơ quan này hỗ trợ chủ thể quyền và các cơ quan thực thi đánh giá yếu tố nghi ngờ có phải là yếu tố xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ không. Trong trường hợp các xâm phạm không rõ ràng, hiển nhiên hoặc cần có ý kiến của chuyên gia để phục vụ cho công tác thực thi quyền, Viện Khoa học Sở hữu trí tuệ có thể là một cơ quan đắc lực trong việc giám định.

Ngoài ra, tuy không có chức năng xác định yếu tố xâm phạm quyền nhưng Cục Sở hữu trí tuệ là cơ quan chuyên môn mà các cơ quan thực thi quyền có thể tham vấn trong trường hợp cần thiết.

III. HÀNH NGHỀ SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP TẠI VIỆT NAM

Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 sử dụng hai thuật ngữ "hành nghề" và "kinh doanh" để chỉ hoạt động cung cấp dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp. Hành nghề dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp chỉ hoạt động cung cấp dịch vụ của cá nhân. Trong khi đó, kinh doanh dịch vụ sở hữu công nghiệp chỉ hoạt động cung cấp dịch vụ của tổ chức.

1. Điều kiện hành nghề dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp với cá nhân

Một cá nhân được phép hành nghề dịch vụ đại điện sở hữu công nghiệp khi đáp ứng các điều kiện: Có chứng chỉ hành nghề dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp và hoạt động cho một tổ chức đại diện sở hữu công nghiệp.

Cá nhân được cấp chứng chỉ khi đáp ứng các điều kiện:

- Là công dân Việt Nam, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ;

- Thường trú tại Việt Nam;

- Có bằng tốt nghiệp đại học;

- Đã trực tiếp làm công tác pháp luật về sở hữu công nghiệp liên tục từ 05 năm trở lên hoặc đã trực tiếp làm công tác thẩm định các loại đơn đăng ký sở hữu công nghiệp tại cơ quan quốc gia hoặc quốc tế về sở hữu công nghiệp liên tục từ 05 năm trở lên hoặc đã tốt nghiệp khóa đào tạo pháp luật về sở hữu công nghiệp được cơ quan có thẩm quyền công nhận;

- Không phải là công chức, viên chức đang làm việc tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền xác lập và bảo đảm thực thi quyền sở hữu công nghiệp;

- Đã đạt yêu cầu tại kỳ kiểm tra về nghiệp vụ đại diện sở hữu công nghiệp do cơ quan có thẩm quyền tổ chức[1].

Trong các tiêu chí cấp chứng chỉ trên, tiêu chí cuối cùng là quan trọng nhất. Khoảng hai tới ba năm một lần, Cục Sở hữu trí tuệ tổ chức kỳ kiểm tra nghiệp vụ đại diện sở hữu công nghiệp. Đối tượng dự thi là cá nhân đã đáp ứng đủ các tiêu chuẩn từ tiêu chuẩn thứ nhất đến tiêu chuẩn thứ năm ở trên.

Thí sinh phải vượt qua tất cả các môn của kỳ thi, trong đó có các môn:

- Pháp luật sở hữu công nghiệp;

- Kỹ năng xác lập quyền với sáng chế và thiết kế bố trí;

- Kỹ năng xác lập quyền với kiểu dáng công nghiệp;

- Kỹ năng xác lập quyền với nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý;

- Thông tin sở hữu công nghiệp.

2. Điều kiện kinh doanh dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp với tổ chức

Tổ chức kinh doanh dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp với danh nghĩa tổ chức dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp phải đáp ứng các điều kiện:

- Là doanh nghiệp, tổ chức hành nghề luật sư, tổ chức dịch vụ khoa học và công nghệ được thành lập và hoạt động hợp pháp;

---

1. Điều 155 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.

- Có chức năng hoạt động dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp được ghi nhận trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, Giấy chứng nhận đăng ký hoạt động;

- Người đứng đầu tổ chức hoặc người được người đứng đầu tổ chức ủy quyền phải đáp ứng các điều kiện hành nghề dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp quy định tại khoản 1 Điều 155 của Luật sở hữu trí tuệ năm 2005[1].

Tổ chức đáp ứng đủ các điều kiện trên phải đăng ký với Cục Sở hữu trí tuệ để được công nhận là tổ chức dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp, có tư cách hợp pháp đại diện cho cá nhân, tổ chức trước Cục Sở hữu trí tuệ.

Có thể nhận thấy, dù phân định rõ ràng điều kiện hành nghề và điều kiện kinh doanh, hay bản chất là điều kiện với cá nhân và tổ chức, các cá nhân và tổ chức đại diện sở hữu công nghiệp luôn gắn bó với nhau trong hoạt động. Cá nhân phải làm việc cho một tổ chức đại diện mới đủ điều kiện hành nghề. Ngược lại, tổ chức phải có ít nhất một cá nhân có Chứng chỉ hành nghề dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp mới được coi là tổ chức đại diện hợp pháp.

Trên thực tế, số lượng cá nhân có Chứng chỉ hành nghề dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp không đáp ứng đủ nhu cầu kinh doanh dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp. Vì vậy, xảy ra tình trạng một số tổ chức thuê, mượn chứng chỉ đại diện để đủ điều kiện hành nghề. Người đại diện cho thuê, mượn chứng chỉ không làm việc cho tổ chức đó trên thực tế, không phụ trách soạn thảo giấy tờ, công văn. Điều này có thể ảnh hưởng tới lợi ích khách hàng, cũng như uy tín của chính người đại diện khi đơn, công văn không bảo đảm chất lượng yêu cầu.

Người thuê hoặc cho thuê Chứng chỉ hành nghề dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp còn có thể bị phạt tiền từ 20.000.000 đồng đến 40.000.000 đồng, tước quyền sử dụng chứng chỉ hành nghề dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp từ 01 tháng đến 03 tháng[2].

1. Điều 154 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005.
2. Điều 7 Nghị định số 99/2013/NĐ-CP; Điều 8 Thông tư số 11/2015/TT-BKHCN.

Một số vấn đề Luật sư cần lưu ý khi hành nghề trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp

- Một sản phẩm có thể mang trong mình nhiều đối tượng sở hữu công nghiệp khác nhau. Do đó, Luật sư cần nắm rõ bản chất của từng đối tượng để tư vấn cho khách hàng thực hiện thủ tục đăng ký để bảo vệ tốt nhất các đối tượng sở hữu công nghiệp của mình.

- Tư vấn phải mang tính thương mại, nghĩa là Luật sư phải đặt mình vào vị trí của khách hàng để hiểu điều khách hàng thực sự mong đợi. Do đó, Luật sư hoạt động trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp phải hiểu khách hàng, cụ thể là lĩnh vực kinh doanh của khách hàng, các đối tượng sở hữu trí tuệ mà khách hàng sở hữu, tình hình sử dụng các đối tượng sở hữu trí tuệ đó, v.v., để tư vấn phù hợp.

- Không đại diện trong vụ việc mà hai bên có quyền lợi đối lập nhau cùng là khách hàng của mình, cụ thể trong vụ việc phản đối đơn, yêu cầu chấm dứt hiệu lực văn bằng, hủy bỏ hiệu lực văn bằng, xử lý vi phạm. Nguyên tắc này xuất phát từ đạo đức hành nghề luật sư và cũng là quy định tại Điều 9 Luật luật sư và Điều 7 Nghị định 99/2013/NĐ-CP ngày 29 tháng 08 năm 2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp.

- Cần trau dồi tiếng Anh và thuật ngữ chuyên ngành trong tiếng Anh nếu làm việc với khách hàng nước ngoài. Thông thạo ngoại ngữ ngoài việc phục vụ giao tiếp với khách hàng, còn phục vụ công việc dịch danh mục sản phẩm, dịch vụ, dịch bản mô tả sáng chế, v.v., từ tiếng Anh sang tiếng Việt. Dịch không sát nghĩa có khả năng làm thay đổi bản chất sản phẩm đăng ký, giải pháp kỹ thuật dẫn tới việc phân loại sai hoặc bị Cục Sở hữu trí tuệ từ chối về phân loại, ảnh hưởng tới quyền lợi khách hàng.

- Hiểu quy chế thẩm định các đối tượng sở hữu công nghiệp. Quy chế không phải là văn bản quy phạm pháp luật, nhưng là thực tiễn áp dụng của Cục Sở hữu trí tuệ trong việc xem xét đơn. Hiểu cách thức Cục Sở hữu trí tuệ xử lý đơn giúp Luật sư tư vấn tốt hơn cho khách hàng, cũng như tranh luận bảo vệ quan điểm trước Cục Sở hữu trí tuệ.

Chương 10
TƯ VẤN HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA QUỐC TẾ

Chương này tập trung nghiên cứu về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, nguồn luật điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế và những kỹ năng cần thiết đối với Luật sư trong việc tư vấn soạn thảo hợp đồng, đại diện cho khách hàng tham gia giải quyết tranh chấp phát sinh từ hoặc liên quan tới hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế.

I. HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA QUỐC TẾ

1. Khái niệm

Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (còn được gọi là hợp đồng mua bán ngoại thương hoặc hợp đồng xuất nhập khẩu ở Việt Nam[1]) là hợp đồng mua bán hàng hóa có tính chất quốc tế, trong đó người bán có nghĩa vụ giao hàng còn người mua có nghĩa vụ thanh toán và nhận hàng. Cách nhìn nhận về tính quốc tế trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế của các quốc gia khác nhau không giống nhau.

Ở Pháp, hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được xác định dựa trên hai tiêu chí là kinh tế và pháp lý. Theo tiêu chuẩn kinh tế, một hợp đồng quốc tế là hợp đồng tạo ra sự di chuyển qua lại biên giới các giá trị trao đổi tương ứng giữa hai nước (thể hiện quyền lợi thương mại quốc tế). Theo tiêu chuẩn pháp lý, một hợp đồng được coi là quốc tế nếu nó bị chi phối bởi các tiêu chuẩn pháp lý của nhiều quốc gia như quốc tịch của

---

1. Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam: *Cẩm nang hợp đồng thương mại*, Nxb. Lao động, Hà Nội, 2010, tr.92.

các bên, nơi cư trú của các bên, nơi thực hiện nghĩa vụ hợp đồng, nguồn vốn thanh toán[1]. Có thể thấy, pháp luật Pháp không chú trọng đến tiêu chí trụ sở thương mại của các bên.

Quan điểm của Hoa Kỳ về tính quốc tế của hợp đồng mua bán hàng hóa được thể hiện qua Bộ luật thống nhất thương mại (Uniform commercial code - UCC). Theo UCC, giao dịch quốc tế là giao dịch trong mối liên hệ hợp lý với một quốc gia khác Hợp chúng quốc Hoa Kỳ[2]. Như vậy, Hoa Kỳ coi trụ sở thương mại của các bên tham gia giao dịch là tiêu chí đánh giá tính quốc tế của một giao dịch, trong đó, có thể suy ra, hợp đồng mua bán hàng hóa sẽ là hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế nếu bên mua và bên bán có trụ sở giao dịch ở hai nước khác nhau.

Các điều ước quốc tế cũng đưa ra những cách hiểu khác nhau về tính chất quốc tế của hợp đồng mua bán hàng hóa. Theo Công ước La Hay năm 1964 về thiết lập hợp đồng mua bán quốc tế các động sản hữu hình, tính chất quốc tế được thể hiện ở các yếu tố như được liệt kê trong Điều 1 của Công ước này, ví dụ như vật là đối tượng của hợp đồng đang được chuyên chở hoặc sẽ được chuyên chở từ lãnh thổ quốc gia này sang lãnh thổ quốc gia khác; hành vi tạo lập chào hàng và chấp nhận chào hàng được thực hiện trên lãnh thổ các quốc gia khác nhau; hoặc khi việc giao hàng diễn ra trên lãnh thổ của nước thành viên khác với nước mà ở đó các hành vi tạo lập chào hàng và chấp nhận chào hàng được thực hiện. Nếu các bên giao kết không có trụ sở thương mại thì sẽ dựa vào nơi cư trú thường xuyên của họ.

Công ước Viên về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế của Liên hợp quốc năm 1980 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods - CISG) đã đưa ra cách xác định khác về tính chất quốc tế của hợp đồng mua bán hàng hóa, theo đó nếu các bên giao kết hợp đồng mua bán có trụ sở thương mại đặt ở các nước thành viên khác nhau thì hợp đồng đó có tính chất quốc tế[3]. Không như

1. Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam: *Cẩm nang hợp đồng thương mại, Sđd*, tr.91-92.

2. Điều 1-301(a)(2) UCC.

3. Điều 1 CISG.

Công ước La Hay năm 1964, CISG không đưa ra tiêu chí hàng hóa phải được chuyển qua biên giới của một nước để xác định tính chất quốc tế của hợp đồng mua bán hàng hóa.

Bộ nguyên tắc UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế (Principles of International Commercial Contract - PICC) năm 2004 không nhấn mạnh tiêu chí nào trong các tiêu chí như trụ sở của các bên hay như việc hợp đồng có "các mối liên hệ mật thiết với hơn một quốc gia" hay hợp đồng "đòi hỏi sự lựa chọn giữa pháp luật của các quốc gia khác nhau" mà quan niệm rằng "các hợp đồng quốc tế cần được giải thích theo nghĩa rộng nhất có thể, chỉ loại trừ những trường hợp không có bất kỳ một yếu tố quốc tế nào, nghĩa là khi tất cả các yếu tố cơ bản của hợp đồng chỉ liên quan đến một quốc gia"[1].

Tại Việt Nam, Luật thương mại năm 2005 không quy định khái niệm cụ thể về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, nhưng có quy định về các hình thức mua bán hàng hóa quốc tế tại khoản 1 Điều 27. Từ quy định về hợp đồng mua bán hàng hóa trong Luật thương mại năm 2005, có thể thấy, điểm chủ yếu để xác định tính quốc tế của hợp đồng mua bán hàng hóa là sự chuyển dịch hàng hóa qua biên giới quốc gia. Tuy nhiên, khoản 3 Điều 4 Luật thương mại năm 2005 quy định: "Hoạt động thương mại không được quy định trong Luật thương mại năm 2005 và trong các luật khác thì áp dụng quy định của Bộ luật dân sự" nên việc xác định tính quốc tế của hợp đồng mua bán phải dựa vào cả Bộ luật dân sự, cụ thể là quy định tại Điều 758 Bộ luật dân sự năm 2005 và nay là Điều 663 Bộ luật dân sự năm 2015. Từ đó có thể suy ra rằng, hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế theo pháp luật Việt Nam là hợp đồng mua bán hàng hóa, trong đó có ít nhất một bên tham gia là cá nhân, tổ chức nước ngoài hoặc căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ hợp đồng theo pháp luật nước ngoài hoặc đối tượng của hợp đồng được chuyển dịch qua biên giới quốc gia.

1. Nguyễn Minh Hằng (dịch): *Bộ nguyên tắc UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2014.

2. Đặc điểm

Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, ngoài những đặc điểm giống với hợp đồng mua bán trong nước, còn có một số đặc điểm riêng biệt như sau:

a) Khách thể:

Khách thể của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là những lợi ích mà hai bên hướng tới khi thực hiện giao kết hợp đồng, chẳng hạn như hàng hóa, tiền, các lợi ích có được từ việc sử dụng hàng hóa đó.

b) Chủ thể:

Chủ thể của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là các bên có trụ sở tại các quốc gia khác nhau. Chủ thể có đầy đủ năng lực hành vi dân sự là một trong những điều kiện để hợp đồng có hiệu lực.

c) Đối tượng của hợp đồng:

Đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là động sản, nghĩa là hàng hóa không bị cấm lưu thông trên thị trường và di chuyển được qua biên giới quốc gia.

d) Đồng tiền thanh toán:

Tiền tệ dùng để thanh toán hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là ngoại tệ với một trong hai bên tham gia hợp đồng hoặc có thể là ngoại tệ đối với cả hai bên.

đ) Ngôn ngữ của hợp đồng:

Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế có thể được viết bằng ngoại ngữ đối với một trong hai bên hoặc ngoại ngữ đối với cả hai bên. Hiện nay, phần lớn các hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được viết bằng tiếng Anh, vì vậy, các bên khi giao kết hợp đồng phải hiểu rõ và thống nhất ý nghĩa những thuật ngữ quan trọng của hợp đồng.

e) Nội dung:

Nội dung của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là các quy định do các bên thỏa thuận về quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hợp đồng. Nghĩa vụ cơ bản của bên bán là giao hàng đúng thời gian, địa điểm, còn của bên mua là nhận hàng và thanh toán.

g) Hình thức:

Bên cạnh Điều 24 quy định về hình thức của hợp đồng mua bán hàng hóa nói chung, khoản 2 Điều 27 Luật thương mại năm 2005 quy định cụ thể về hình thức của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là văn bản hoặc các hình thức pháp lý khác tương đương (bao gồm điện báo, telex, fax, thông điệp dữ liệu và các hình thức khác theo quy định của pháp luật). Từ đó, có thể thấy, theo pháp luật Việt Nam, hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế phải được thể hiện bằng văn bản. Ở nhiều quốc gia khác, pháp luật không quy định hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế phải được lập thành văn bản mà có thể được giao kết bằng lời nói hay hành vi. CISG cũng không yêu cầu hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế phải được lập thành văn bản, mà có thể được lập dưới dạng lời nói hoặc thậm chí được công nhận khi có nhân chứng[1].

h) Nơi giao kết hợp đồng:

Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được giao kết tại nước ngoài đối với một trong hai bên, có thể là tại nước của người bán hoặc nước của người mua hoặc là một nước thứ ba.

Dựa vào những yếu tố trên, có thể thấy, với hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế thì các bên giao kết hợp đồng rất dễ gặp phải các rủi ro như xung đột pháp luật giữa các bên thực hiện hợp đồng hoặc các rủi ro khác trong quá trình vận chuyển, thanh toán, v.v., dẫn đến những tranh chấp. Chính vì thế, khi giao kết hợp đồng, các bên cần cân nhắc kỹ lưỡng để soạn thảo ra một bản hợp đồng chi tiết và rõ ràng, tránh những rủi ro trong tương lai.

3. Một số điều khoản đặc trưng của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế

a) Điều khoản về mô tả hàng hóa:

Đây là điều khoản rất quan trọng, nhất là với người mua và cần phải được quy định chi tiết hết mức có thể, ví dụ như tên hàng phải quy định kèm cả tên khoa học, số lượng thì phải ghi dung sai, đối với các

1. Điều 11 CISG.

loại hàng hóa dễ bị hao hụt số lượng và chất lượng trong quá trình vận chuyển (hàng nông sản) thì phải ghi đủ về thông số kỹ thuật, cách sử dụng, quy cách đóng gói, v.v., của hàng hóa. Nếu không có quy định cụ thể về hàng hóa, người mua có thể lựa chọn hàng hóa theo mẫu mà người bán giao cho, tuy nhiên điều này cũng có rủi ro là trong trường hợp xảy ra tranh chấp, việc người bán giao hàng hóa tương tự với công năng sử dụng và chất lượng tương đương vẫn có thể được Tòa án hoặc Trọng tài chấp nhận.

Nếu hợp đồng chỉ quy định về tên hàng hóa mà không quy định cụ thể về chất lượng, người bán có thể sẽ cung cấp hàng hóa có ghi tên trên bao bì giống như hợp đồng nhưng chất lượng lại khác xa.

b) Điều khoản về giá cả:

Đây là điều khoản cơ bản của hợp đồng mua bán hàng hóa nói chung. Đối với hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, điều khoản này càng phải được quy định chi tiết, cẩn thận. Giá hàng hóa thường biến động theo tình hình thị trường thế giới, các bên cần ghi rõ đơn giá, tổng giá trị của hàng hóa và đồng tiền thanh toán, tính toán và xác định xem tỷ giá hối đoái sẽ áp dụng là ở thời điểm thanh toán hay tại thời điểm giao kết hợp đồng. Ngoài ra, để hiệu quả kinh tế của hợp đồng hợp lý với cả hai bên nên lưu ý đưa vào quy định điều chỉnh giá, cho phép giá được điều chỉnh so với thỏa thuận ban đầu trong một số trường hợp nhất định.

c) Điều khoản về phương thức thanh toán:

Các bên trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế có thể lựa chọn các phương thức thanh toán như chuyển tiền qua tài khoản ngân hàng, nhờ thu hoặc dùng tín dụng thư. Người bán hoặc người mua cần thỏa thuận để đạt được phương thức thanh toán bảo vệ được quyền lợi của mình một cách tốt nhất. Dĩ nhiên, việc am hiểu thủ tục và quy trình của mỗi phương thức thanh toán là rất quan trọng để việc thanh toán được bảo đảm an toàn và diễn ra suôn sẻ.

d) Điều khoản về địa điểm và thời gian giao hàng:

Thời gian giao hàng có thể được xác định bằng một ngày cụ thể hoặc một khoảng thời gian nhất định sau khi hợp đồng được ký kết,

như một tuần hoặc ba tháng. Vì việc chuyển hàng giữa các quốc gia với nhau có thể đối mặt với nhiều rủi ro, chẳng hạn như tàu chở hàng không thể đến cảng kịp lúc do điều kiện thời tiết không thuận lợi, các bên nên quy định cụ thể về nghĩa vụ thông báo của người bán về việc hàng không thể được giao đúng hạn và quyền chấp nhận gia hạn giao hàng của người mua. Địa điểm giao hàng do các bên thỏa thuận, tuy nhiên thực tiễn xuất nhập khẩu cho thấy địa điểm giao hàng thường phụ thuộc vào điều kiện giao hàng là FOB, CIF, v.v., vì vậy cần quy định địa điểm giao hàng ngay trong điều kiện giao hàng (ví dụ như FOB Incoterms, cảng Hải Phòng)[1]. Điều kiện giao hàng thường chỉ rõ hàng được giao ở đâu, ai thuê phương tiện vận chuyển, ai mua bảo hiểm, v.v..

đ) Điều khoản về ngôn ngữ của hợp đồng:

Ngôn ngữ thường được coi là một trở ngại với các bên trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế. Sự thiếu hiểu biết về ngôn ngữ của hợp đồng hay việc biên dịch sai sót có thể đem lại nhiều rủi ro cho các bên. Hợp đồng được soạn thảo thành nhiều ngôn ngữ khác nhau cần ghi rõ bản tiếng nước ngoài được dùng làm căn cứ/ưu tiên áp dụng khi có sự khác biệt hay không thống nhất giữa các bản hợp đồng.

4. Nguồn luật điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế

a) Luật trong nước:

Ở Việt Nam, hiện nay, có hai luật điều chỉnh hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, đó là Bộ luật dân sự năm 2015 và Luật thương mại năm 2005. Sở dĩ có điều này là do các quan hệ của các bên trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là quan hệ dân sự trong lĩnh vực thương mại, giao dịch mua bán hàng hóa có tính quốc tế. Điều 4 Luật thương mại năm 2005 đã xác định rõ thứ tự áp dụng luật điều chỉnh cho hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế trong trường hợp luật điều chỉnh hợp đồng là luật Việt Nam như sau:

Hoạt động thương mại phải tuân theo Luật thương mại năm 2005 và pháp luật có liên quan;

1. Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam: *Cẩm nang hợp đồng thương mại, Sđd,* tr.115.

Hoạt động thương mại đặc thù được quy định trong luật khác thì áp dụng quy định của luật đó;

Hoạt động thương mại không được quy định trong Luật thương mại năm 2005 và trong các luật khác thì áp dụng quy định của Bộ luật dân sự.

Hai bên giao kết hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế có thể thỏa thuận với nhau về luật điều chỉnh hợp đồng. Nếu họ không làm như vậy, luật điều chỉnh sẽ là luật của nước người bán hay nước người mua (được xác định bằng những quy định về xung đột pháp luật) hoặc điều ước quốc tế nếu người bán và người mua ở các nước là thành viên của điều ước quốc tế đó.

Luật quốc gia trở thành luật áp dụng cho hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế khi:

- *Hợp đồng quy định:*

Các bên có thể lựa chọn luật áp dụng cho hợp đồng là luật quốc gia khi soạn thảo hợp đồng hoặc sau khi tranh chấp phát sinh nếu khi ký kết hợp đồng hai bên không lựa chọn luật áp dụng.

- *Tòa án hoặc Trọng tài quyết định:*

Khi các bên không thể thỏa thuận được về luật áp dụng cho hợp đồng của mình, pháp luật về trọng tài của nhiều quốc gia trong đó có Việt Nam[1] và quy tắc tố tụng của các Trung tâm trọng tài quy định rằng Hội đồng trọng tài sẽ lựa chọn luật áp dụng. Trọng tài viên thường áp dụng các quy tắc xung đột pháp luật để xem luật nào là phù hợp nhất để điều chỉnh nội dung hợp đồng, thường là bằng cách cân nhắc một vài yếu tố liên hệ luật của một quốc gia đến hợp đồng[2]. Một số nước coi yếu tố địa điểm giao kết hợp đồng là quan trọng, trong khi một số khác coi nơi hợp đồng được thực hiện hoặc nơi có mối liên hệ mật thiết nhất với hợp đồng là yếu tố quan trọng.

1. Khoản 3 Điều 14 Luật trọng tài thương mại năm 2010.
2. Magaret L. Moses, *International Commercial Arbitration*, 2nd Edition, Cambridge.

- *Hợp đồng mẫu quy định:*

Nếu các bên có dẫn chiếu đến hợp đồng mẫu cho những nội dung mà họ không thỏa thuận, thì hợp đồng mẫu sẽ có giá trị ràng buộc các bên và nếu trong đó có quy định về luật áp dụng thì luật này sẽ là luật áp dụng cho hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế.

b) Luật quốc tế:

- *Điều ước quốc tế:*

Có nhiều điều ước quốc tế thống nhất các quy phạm pháp luật điều chỉnh quan hệ mua bán hàng hóa quốc tế, như Luật thống nhất về mua bán quốc tế các động sản hữu hình (ULIS), Công ước Rome năm 1980 về luật áp dụng đối với các nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng, nhưng tiêu biểu và được coi là thành công nhất trong số đó là Công ước Viên năm 1980 của Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (CISG).

CISG là kết quả của những nỗ lực pháp lý khởi nguồn từ những năm đầu thế kỷ XX. Công ước này cung cấp một sự cân bằng giữa lợi ích của người bán và người mua và được coi là một trong những công ước quan trọng về mua bán hàng hóa quốc tế. CISG chỉ được áp dụng cho mua bán hàng hóa quốc tế và tránh dẫn chiếu đến những quy định của tư pháp quốc tế đối với những hợp đồng trong phạm vi áp dụng của công ước này. CISG điều chỉnh những hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế giữa các doanh nghiệp tư và không điều chỉnh hợp đồng mua bán giữa doanh nghiệp với người tiêu dùng, hợp đồng mua bán (cung ứng) dịch vụ cũng như mua bán một số hàng hóa đặc biệt. CISG áp dụng cho những hợp đồng mua bán hàng hóa giữa các bên có trụ sở ở các nước thành viên khác nhau của công ước hay giữa các bên lựa chọn luật điều chỉnh là CISG. Một số vấn đề liên quan đến mua bán hàng hóa quốc tế, ví dụ như hiệu lực của hợp đồng và sự ảnh hưởng của hợp đồng đến quyền sở hữu hàng hóa, không thuộc phạm vi điều chỉnh của CISG[1].

---

1. <www.uncitral.org>, *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG)*, <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html>, truy cập ngày 10 tháng 3 năm 2016.

Theo Điều 1, CISG áp dụng đối với các hợp đồng mua bán hàng hóa giữa các bên có trụ sở kinh doanh tại các quốc gia khác nhau, khi các quốc gia này là các quốc gia thành viên của công ước hoặc khi các quy tắc của tư pháp quốc tế dẫn chiếu đến việc áp dụng luật của một quốc gia thành viên của công ước này.

Việt Nam là một thành viên của CISG. Công ước này có hiệu lực và trở thành nội luật của Việt Nam từ ngày 01-01-2017. Như vậy, các hợp đồng giữa một bên có trụ sở kinh doanh tại Việt Nam và một bên có trụ sở kinh doanh tại một quốc gia cũng là thành viên của CISG sẽ được điều chỉnh bởi CISG, trừ khi các bên loại trừ việc áp dụng CISG cho hợp đồng.

- *Tập quán thương mại quốc tế:*

Tập quán thương mại quốc tế là những thói quen được thừa nhận và áp dụng rộng rãi trong hoạt động kinh tế đối ngoại, kinh doanh quốc tế ở một khu vực nhất định hay trên toàn thế giới. Những tập quán quốc tế được áp dụng phổ biến trong mua bán hàng hóa quốc tế bao gồm:

+ Các điều kiện cơ sở giao hàng trong mua bán hàng hóa quốc tế (Incoterms): Được Phòng Thương mại quốc tế (ICC) tập hợp và ban hành từ năm 1936, đề cập đến các vấn đề như nghĩa vụ của người mua và người bán, thời điểm chuyển giao rủi ro giữa hai bên;

+ Tập quán và thông lệ thống nhất về tín dụng chứng từ (UCP): Là một bộ quy tắc về việc phát hành và sử dụng tín dụng chứng từ (letters of credit) do ICC ban hành, được sử dụng rộng rãi trên thế giới, tại hơn 175 quốc gia, bởi các tổ chức tín dụng như ngân hàng;

+ Bộ nguyên tắc về hợp đồng thương mại quốc tế (PICC): Là một bộ quy tắc về hợp đồng thương mại nói chung, điều chỉnh các vấn đề như hiệu lực của hợp đồng, thực hiện hợp đồng, thực hiện bù trừ nghĩa vụ (set-off), chuyển giao nghĩa vụ và chuyển giao hợp đồng.

Các tập quán thương mại quốc tế chỉ có tính chất hướng dẫn chứ không có tính chất bắt buộc, tuy vậy, khi một tập quán được các bên thỏa thuận ghi nhận hoặc dẫn chiếu vào hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế thì sẽ có hiệu lực đối với các chủ thể. Tập quán thương mại được áp dụng khi:

+ Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế quy định tập quán thương mại là luật áp dụng cho hợp đồng;

+ Các điều ước quốc tế liên quan quy định;

+ Luật thực chất (luật quốc gia) do các bên lựa chọn không quy định hoặc quy định không đầy đủ.

II. KỸ NĂNG TƯ VẤN, ĐÀM PHÁN, SOẠN THẢO HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA QUỐC TẾ

1. Đàm phán hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế

a) Kỹ năng tiếp nhận yêu cầu tư vấn của khách hàng:

- Tìm hiểu hệ thống pháp luật của quốc gia của đối tác:

Đây được xem là giai đoạn cơ bản nhất khi Luật sư tiếp nhận yêu cầu tư vấn soạn thảo hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế từ khách hàng. Một trong những đặc trưng của hoạt động mua bán hàng hóa quốc tế chính là tính "quốc tế", nghĩa là yêu cầu trong làm việc với đối tác nước ngoài, pháp luật nước ngoài. Do đó, Luật sư cần chú ý tìm hiểu thật kỹ hệ thống quy phạm pháp luật quy định hoạt động mua bán của quốc gia đối tác bằng cách sử dụng các công cụ so sánh, đối chiếu, phân tích và tư duy phản biện, trong đó cần chú ý đến những điểm mấu chốt sau:

+ Điểm khác biệt cơ bản nhất giữa hai hệ thống pháp luật;

+ Những điều cấm trong hoạt động mua bán quốc tế của quốc gia đó. Lưu ý, những quy định cấm đối với một quốc gia này thì chưa hẳn cũng sẽ bị cấm ở quốc gia khác;

+ Các hiệp định song phương, đa phương hoặc hiệp ước đặc biệt về mua bán hàng hóa mà hai quốc gia tham gia ký kết, có thể ảnh hưởng đến hoạt động mua bán giữa hai bên.

- Tìm hiểu văn hóa và tập quán thương mại của quốc gia đối tác:

Ngoài việc tìm hiểu hệ thống pháp luật của quốc gia đối tác, Luật sư cũng cần xem xét đến văn hóa và tập quán của quốc gia đó, nhất là với các tập quán hoặc văn hóa mang tính địa phương, vùng miền. Ví dụ,

trong văn hóa giao tiếp, người Nhật luôn cảm thấy khiếm nhã khi nói: "Tôi không thích điều này", thay vào đó, họ sẽ nói: "Vâng, đây là một ý tưởng khá thú vị, hãy để chúng tôi suy nghĩ về nó". Người Nhật cũng thường nói: "Vâng". Theo cách nói của người Nhật, "vâng" không có nghĩa giống với "vâng" (YES) trong tiếng Anh. "Vâng" ở đây có nghĩa là "Vâng, tôi nghe thấy rồi" chứ không phải "Vâng, tôi thích nó". Vì thế, khi làm việc với đối tác là phía Nhật Bản, nếu muốn biết họ đang thật sự nghĩ gì, thì cần phải tìm cách có thêm thông tin: Liệu có lịch trình cho buổi thương thảo nào khác không? Quy định như thế đã hợp lý chưa? Mức phạt hay mức bồi thường như thế đã ổn chưa?

Việc chú trọng tìm hiểu tác phong và tập quán khi ký kết hợp đồng với đối tác không chỉ giúp Luật sư và khách hàng nắm thật tốt thông tin về hợp đồng, mà còn giúp nâng cao quan hệ hợp tác của đôi bên, vừa tạo tiền đề cho các giao dịch trong tương lai, vừa hỗ trợ tăng hiệu quả giải quyết tranh chấp phát sinh (nếu có) sau này.

- *Tìm hiểu thông tin của đối tác:*

Trong môi trường thương mại toàn cầu có nhiều biến động, việc tìm kiếm và giao kết hợp đồng mua bán với các bạn hàng trên thế giới là điều tưởng chừng đơn giản, nhưng cũng tiềm tàng rất nhiều rủi ro. Nếu tìm được đối tác đáng tin cậy, hoạt động kinh doanh ổn định và uy tín, thì rủi ro từ việc vi phạm hợp đồng, có thể nói, sẽ thấp hoặc gần như không có. Ngược lại, nếu không tìm hiểu kỹ đối tác, gặp phải các đối tác không uy tín, kinh doanh mập mờ, không minh bạch, hoặc tệ hơn là các đối tác lừa đảo, thì sẽ gặp phải các tổn thất rất lớn. Vì thế, để hạn chế những rủi ro này, Luật sư cần lưu ý khách hàng:

+ Theo sát việc chia sẻ các thông tin dữ liệu giữa khách hàng và đối tác, đặc biệt là thường xuyên theo dõi các công văn, chứng từ, thông báo trao đổi qua lại giữa các bên. Chú trọng các mốc hoặc quy định về thời gian (theo luật định hoặc thỏa thuận) mà các bên có thể gửi tài liệu này cho nhau;

+ Hỗ trợ khách hàng tìm hiểu kỹ đối tác: Nghiên cứu xem trước đây đối tác đã có lịch sử giao dịch nào không tốt chưa; Khu vực sinh sống

của đối tác có thể tiềm ẩn những rủi ro nào (bảo mật thông tin, tội phạm an ninh mạng, các giao dịch phi pháp, v.v.).

b) Kỹ năng đàm phán hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế:

Kissinger, một nhà ngoại giao và đàm phán Mỹ nổi tiếng trong thập niên 70 thế kỷ XX, đã từng nói: Đàm phán là một tiến trình kết hợp các quan điểm xung đột nhau trong một quan điểm chung, quy tắc quyết định là thể thức nhất trí. Như vậy, đàm phán có thể được hiểu là tổng thể các quyết định qua đó các bên liên quan thống nhất với nhau về một thỏa thuận thay vì hành động đơn phương. Dưới đây là các bước tiến hành một cuộc đàm phán nói chung mà Luật sư có thể tham khảo để áp dụng đàm phán hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế:

- *Bước 1: Chuẩn bị cho đàm phán:*

+ Thu thập thông tin (như đã nói ở trên) từ các nguồn thông tin (Internet, báo, tạp chí, tập san, tổ chức, hiệp hội, khách hàng);

+ Đánh giá kết quả.

- *Bước 2: Bắt đầu đàm phán:*

+ Tạo không khí: Tạo ra bầu không khí cởi mở và thân thiện (có thể sử dụng câu chuyện có liên quan đến vấn đề, một ví dụ, một danh ngôn, một đoạn báo có sẵn nhằm kích thích tính hiếu kỳ của đối tác);

+ Đưa ra đề nghị ban đầu;

+ Thông qua chương trình làm việc;

+ Tạo điều kiện để hai bên tìm hiểu nhau.

- *Bước 3: Thương lượng:*

+ Thuyết phục: Khi vấn đề đang bàn tới có lợi cho khách hàng, Luật sư nên tư vấn khách hàng thuyết phục đối tác chấp nhận những yêu cầu của mình bằng cách đưa ra gợi ý hoặc cho họ thấy lợi ích mà yêu cầu của mình đem lại;

+ Nhượng bộ: Khi đối tác rất cương quyết về một vấn đề nào đó mà Luật sư nhận thấy rằng điều đó ảnh hưởng không nhiều đến quyền lợi

của khách hàng thì Luật sư nên tư vấn khách hàng chấp nhận những yêu cầu hợp lý của đối tác;

+ Xử lý bế tắc.

- *Bước 4: Xử lý đàm phán:*

+ Đặt các câu hỏi khi kết thúc: Thỏa thuận có đáp ứng được những mục tiêu của khách hàng không? Có thể thực hiện được thỏa thuận này hay không? Bên kia có khả năng và có cam kết thực hiện thỏa thuận không?

+ Hoàn tất đàm phán: Làm rõ những điều kiện trong thỏa thuận (Ai đạt được bao nhiêu? Cái gì? Khi nào? Ở đâu?), sau đó lập thỏa thuận thành văn bản và yêu cầu các bên ký vào văn bản.

2. Kỹ năng soạn thảo hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế

a) Cân nhắc lợi ích:

Trong quá trình soạn thảo, Luật sư nên đặt ra mục tiêu làm tăng lợi ích mà hợp đồng mang lại cho cả hai bên. Điều này có thể thực hiện bằng cách đưa vào hoặc loại bỏ một số điều khoản.

Ví dụ, điều khoản quy định rằng hàng hóa phải được đóng gói trước khi giao sẽ làm người bán phải chịu chi phí là 5.000.000 đồng nhưng làm cho người mua được lợi thêm 10.000.000 đồng từ việc bán hàng được đóng gói sẵn. Như vậy, nếu đưa điều khoản này vào thì lợi ích mà hợp đồng đem lại cho cả hai bên sẽ nhiều hơn 5.000.000 đồng so với trường hợp không có.

Thông thường, người bán sẽ chỉ chấp nhận điều khoản trên nếu như đóng gói thêm sẽ làm người bán chịu thêm 5.000.000 đồng chi phí, bởi người mua (khách hàng của Luật sư) có thể sẽ sẵn sàng nâng giá của hàng hóa lên đủ để bù đắp cho người bán. Người mua có thể trả cho người bán thêm 8.000.000 đồng so với thỏa thuận ban đầu và người bán sẽ được lợi 3.000.000 đồng trong khi người mua vẫn còn 2.000.000 đồng sau khi bán hàng hóa đã được đóng gói sẵn. Từ đây, Luật sư cần thấy rằng, trong những trường hợp mà một điều khoản mới sẽ làm tăng giá trị hợp đồng - nghĩa là đem lại nhiều lợi ích cho một bên hơn chi phí

mà bên kia phải chịu - sẽ luôn có cách đàm phán để cả hai bên hưởng lợi nhiều hơn vì lợi ích mà một bên nhận được sẽ bù đắp được chi phí mà bên đó phải bỏ ra[1].

Tương tự như vậy, nếu phát hiện một điều khoản có thể làm chi phí một bên phải chịu lớn hơn lợi ích mà nó đem lại cho bên kia, tốt nhất Luật sư nên tư vấn cho khách hàng loại bỏ điều khoản đó ra khỏi hợp đồng.

b) Soạn thảo điều khoản luật áp dụng:

Luật sư nên cân nhắc lựa chọn luật áp dụng là luật của các quốc gia có thể đem lại nhiều sự bảo vệ hơn cho khách hàng của mình. Việc lựa chọn luật quốc gia của khách hàng có thể mang lại lợi thế trong việc thực hiện hợp đồng, tuy nhiên, điều này khó có thể được đối tác chấp thuận. Thay vào đó, Luật sư có thể sử dụng điều ước quốc tế hoặc các công ước quốc tế mà cả hai quốc gia là thành viên để đạt hiệu quả tốt hơn, vừa dễ áp dụng mà còn hài hòa được với nhiều hệ thống pháp luật khác nhau. Đơn cử, lựa chọn CISG làm luật điều chỉnh hợp đồng mang lại lợi ích chung và còn phòng ngừa được khá nhiều rủi ro, hạn chế phát sinh tranh chấp về sau. Trong quá trình soạn thảo, Luật sư cần nghiên cứu thêm CISG thông qua các nguồn dữ liệu mở sau:

- Hệ thống PACE Law[2], kho tài nguyên miễn phí lớn nhất thế giới về CISG, gồm: Tập hợp các bản án về CISG cập nhật thường xuyên, bản ý kiến của Hội đồng cố vấn CISG (CISG Advisory Council) và hàng nghìn bài viết học thuật, nghiên cứu về CISG của các chuyên gia trên toàn thế giới;

- CISGVN - Công ước Viên cho người Việt Nam. Đây là tổ chức các nhà nghiên cứu về CISG ở Việt Nam hoạt động trên cơ sở tự nguyện nhằm thúc đẩy việc sử dụng và mang CISG đến gần hơn với các doanh nghiệp, Luật sư, nhà nghiên cứu, v.v.. Từ khi bắt đầu hoạt động cho đến nay, CISGVN đã tổ chức thành công nhiều buổi hội thảo, đào tạo cho các doanh nghiệp, giới Luật sư và luật gia, đồng thời cho ra đời nhiều

1. Howell E. Jackson, et al, *Analytical Methods for Lawyers,* Foundation Press, USA.
2. Truy cập <www.cisg.law.pace.edu/cisg/cisgintro.html>.

sản phẩm trí tuệ, trong đó phải kể đến bản dịch hoàn chỉnh của toàn văn công ước và ấn phẩm "101 câu hỏi - đáp về CISG" góp phần cung cấp nhiều kiến thức và kỹ năng bổ ích trong việc áp dụng có hiệu quả CISG trong giao dịch thương mại quốc tế tại Việt Nam[1].

Tuy CISG là một trong những văn bản thống nhất luật thực chất thành công nhất và được áp dụng rất phổ biến đối với các hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế nhưng nó không quy định về một số vấn đề quan trọng như hiệu lực của hợp đồng và thời điểm chuyển giao rủi ro. Do vậy, Luật sư cần lưu ý lựa chọn luật thực định của một quốc gia để điều chỉnh những vấn đề mà CISG không đề cập. Ngoài ra, những bộ nguyên tắc luật thương mại quốc tế như PICC cũng có thể là nguồn luật giúp "lấp các khoảng trống" pháp lý mà CISG để lại.

Nếu khách hàng không muốn lựa chọn CISG làm luật điều chỉnh hợp đồng hoặc loại trừ hiệu lực của công ước này đối với một phần của hợp đồng, Luật sư cần tư vấn khách hàng thể hiện điều đó một cách rõ ràng, chẳng hạn như viết rõ trong hợp đồng: "Công ước Viên của Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế không áp dụng cho hợp đồng này/cho điều khoản này". Cần chú ý việc quy định pháp luật Việt Nam là luật áp dụng không loại trừ hiệu lực của CISG, vì CISG là một điều ước quốc tế và đã trở thành một bộ phận của pháp luật Việt Nam nên sẽ được ưu tiên áp dụng[2].

c) Thỏa thuận về giải quyết tranh chấp và lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp:

Điều khoản quy định thẩm quyền giải quyết tranh chấp bằng hình thức Tòa án có thể được quy định như sau: "Các tranh chấp liên quan đến nội dung và việc thực hiện hợp đồng này sẽ do Tòa án nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam có thẩm quyền xét xử".

Điều khoản giải quyết tranh chấp về Trọng tài có thể phức tạp hơn và nên nêu rõ các nội dung như tên Trung tâm trọng tài thụ lý vụ việc, quy tắc tố tụng Trọng tài được áp dụng, địa điểm trọng tài và số lượng

1. Truy cập <www.cisgvn.net> để xem thêm tìm hiểu thêm về ấn phẩm của CISGVN.
2. Khoản 1 Điều 5 Luật thương mại năm 2005.

Trọng tài viên. Điều khoản mẫu của VIAC như sau: "Mọi tranh chấp phát sinh từ hoặc liên quan đến hợp đồng này được giải quyết tại Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam theo quy tắc tố tụng của Trung tâm này". Nếu không giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài quy chế, các bên có thể sử dụng Trọng tài vụ việc và quy định trong hợp đồng như sau: "Bất kỳ tranh chấp hoặc khiếu nại nào phát sinh từ hoặc liên quan đến hợp đồng này sẽ được giải quyết bằng trọng tài theo quy tắc tố tụng trọng tài hiện hành của UNCITRAL".

Cần chú ý rằng việc soạn thảo điều khoản giải quyết tranh chấp cần xem xét trong mối quan hệ với luật áp dụng. Ví dụ, trường hợp luật áp dụng là luật nước ngoài hoặc CISG không nên lựa chọn Tòa án Việt Nam để giải quyết tranh chấp vì Tòa án Việt Nam sẽ không áp dụng luật nước ngoài và cũng sẽ hạn chế diễn giải CISG theo các án lệ quốc tế.

d) Soạn thảo điều khoản về phạt vi phạm:

Pháp luật Việt Nam chỉ quy định bồi thường thiệt hại và phạt vi phạm là hai chế tài liên quan đến tiền. Ở một số quốc gia khác như Hoa Kỳ, phạt vi phạm sẽ không có hiệu lực, nhưng có một chế tài về tiền tệ khác thường được áp dụng là bồi thường thiệt hại ước tính (liquidated damages).

Thỏa thuận về thiệt hại ước tính thường là một điều khoản trong hợp đồng mà trong đó các bên thỏa thuận một số tiền bồi thường thỏa đáng đối với những thiệt hại mà một bên có thể sẽ phải gánh chịu nếu bên kia vi phạm hợp đồng. Thông thường, điều khoản về thiệt hại ước tính sẽ có thể thi hành nếu Tòa án thấy rằng: Khó có thể tính toán được cụ thể thiệt hại gây ra bởi sự vi phạm hợp đồng và khoản thiệt hại ước tính đấy phải là một sự bồi thường hợp lý, tương xứng với thiệt hại thực tế hoặc thiệt hại có thể dự đoán được[1]. Các nước thuộc hệ thống thông luật (Common Law) thường sẽ không chấp nhận hiệu lực của điều khoản

1. J. Frank McKenna, *Liquidated Damages and Penalty Clauses: A Civil Law versus Common Law Comparison*, The Critical Path (Spring 2008), tr.1.

phạt được đặt ra với mục đích là răn đe, trừng phạt vi phạm. Do vậy, để tránh điều khoản phạt bị Tòa án tuyên bố vô hiệu, tùy từng trường hợp luật áp dụng mà Luật sư nên đổi tên "phạt vi phạm" thành "bồi thường thiệt hại ấn định trước" trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế.

đ) Soạn thảo các điều khoản viện dẫn tới tập quán quốc tế:

Khi soạn thảo các điều khoản viện dẫn tới tập quán quốc tế, Luật sư có thể tham khảo:

- Một số hợp đồng mẫu của ITC về mua bán quốc tế hàng hóa dễ hỏng[1];

- Hợp đồng mua bán quốc tế mẫu của Trung tâm Thương mại quốc tế (ICC);[2]

- Một số hợp đồng mua bán hàng hóa mẫu khác tại website của ITC Juris International[3].

Ngoài ra, Incoterms cũng là nguồn tham khảo cơ bản để tránh tranh chấp trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế liên quan đến vấn đề giao nhận hàng, bộ nguyên tắc này quy định rõ ràng các vấn đề về việc giao hàng, bảo hiểm, thủ tục hải quan, v.v., đồng thời cũng được cơ quan hải quan và Tòa án ở hầu hết các nước công nhận là chuẩn quốc tế, là một bộ quy tắc quốc tế thống nhất giải thích các thuật ngữ thông dụng nhất trong thương mại quốc tế. Vì vậy, Incoterms có thể giúp tránh được hoặc giảm được đáng kể những điểm không rõ ràng phát sinh từ cách giải thích hợp đồng khác nhau ở những nước khác nhau. Cần lưu ý rằng, ở các địa phương, từng cảng cũng có tập quán thương mại riêng như ở Hoa Kỳ, điều kiện FOB được đưa ra trong *Định nghĩa ngoại thương của Mỹ sửa đổi năm 1941* quy định quyền và nghĩa vụ của bên bán, bên mua rất khác biệt so với điều kiện FOB trong Incoterms[4]. Do vậy, nếu không ghi rõ là FOB Incoterms (nghĩa là theo văn bản của ICC), trong hợp đồng

1. Xem thêm cách nhận mẫu hợp đồng miễn phí tại <www.intracen.org>.
2. Xem thêm cách nhận mẫu hợp đồng tại <www.intracen.org>.
3. Thông tin chi tiết tại <www.jurisint.org>.
4. Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam: *Cẩm nang hợp đồng thương mại, Sđd*, tr.103.

với đối tác Hoa Kỳ, người bán sẽ phải thực hiện nghĩa vụ nặng hơn. Để tránh tranh chấp phát sinh trong những trường hợp tương tự, nên quy định trong hợp đồng như sau: “Thỏa thuận theo điều kiện FOB (cảng, v.v.) theo Incoterms năm 2010 của ICC”.

Ngoài ra, trong giao dịch mua bán các hàng hóa đặc biệt như cà phê, ngũ cốc, lúa gạo, xăng dầu, các hiệp hội ngành nghề liên quan cũng đã xây dựng hợp đồng mẫu bao gồm điều khoản dẫn chiếu quy tắc tố tụng Trọng tài của chính hiệp hội đó. Có thể nói, tố tụng Trọng tài được các hiệp hội lựa chọn chắc chắn sẽ bảo đảm được tính chuyên môn và kinh nghiệm chủ yếu trong việc giải quyết vấn đề chất lượng hàng hóa và do đó cũng thường chỉ phù hợp với ngành hàng đó.

Cuối cùng, Luật sư cần nhớ rằng, các tập quán thương mại cũng chỉ là những điều kiện mang tính chất bổ sung, nếu hợp đồng quy định về cùng vấn đề nhưng khác so với các tập quán đó thì các tập quán sẽ không có hiệu lực.

e) Soạn thảo các điều khoản miễn trách nhiệm và sửa đổi:

Mặc dù hợp đồng được các bên đàm phán và ký kết hoàn toàn có thiện chí, tuy nhiên sau khi ký kết thì tình hình có thể thay đổi đến mức hợp đồng không thể thực hiện được theo những điều kiện và điều khoản đã thỏa thuận, nhất là với hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế khi thường được thực hiện trong một khoảng thời gian dài, trên phạm vi địa lý rộng lớn, nguy cơ gặp thiên tai, tai nạn, biến động thị trường, bên cạnh nhiều rủi ro khác luôn thường trực. Do đó, Luật sư cần lưu ý đưa vào các điều khoản về bất khả kháng (force majeure) hoặc khó khăn trở ngại (hardship) vào hợp đồng, cho dù đây không phải là điều khoản bắt buộc phải có. Nếu các điều khoản này được soạn thảo tốt sẽ giúp các bên ngăn ngừa, thậm chí giải quyết tranh chấp phát sinh mà không cần dùng Tòa án hay Trọng tài.

Luật sư có thể tham thảo hai dạng điều khoản mẫu về bất khả kháng và khó khăn trở ngại của ICC nhằm trợ giúp các bên khi soạn thảo hợp đồng. Tuy nhiên, cả hai dạng điều khoản nêu trên đều không lệ thuộc bất kỳ hệ thống pháp luật riêng biệt nào. Vì vậy, nên thận trọng xem xét

để bảo đảm không xung đột với các quy định thuộc hệ thống pháp luật bắt buộc có thể được áp dụng.

Nhìn chung, một số điều mà Luật sư cần chú ý đến khi soạn thảo điều khoản bất khả kháng đặt trong mối quan hệ với CISG, bao gồm:

- Cân nhắc việc liệt kê những sự kiện bất khả kháng cụ thể hoặc một nhóm chung chung, hoặc cả hai. Tòa án nhiều khả năng sẽ công nhận hiệu lực của điều khoản bất khả kháng liệt kê các trường hợp cụ thể hơn là điều khoản đưa ra khái niệm chung vì một số lý do. Một điều khoản chung để lại cho Thẩm phán quyền quyết định và trong một số trường hợp cụ thể, họ có thể bác bỏ quyền được miễn thực hiện nghĩa vụ vì không bị bó buộc bởi những sự kiện cụ thể nào. Ví dụ, một điều khoản quy định rằng "thời tiết cực đoan" sẽ miễn nghĩa vụ giao hàng cho người bán, Thẩm phán có thể cho rằng "mưa lớn" không phải là "thời tiết cực đoan" trong khi thực tế đã làm máy bay chở hàng không thể cất cánh được, làm ảnh hưởng đến việc giao hàng. Tuy nhiên, trong trường hợp quy định cụ thể Thẩm phán vẫn có thể không chấp nhận những sự kiện không tương tự như những sự kiện được liệt kê.

- Bên cạnh các sự kiện bất khả kháng, Luật sư cũng nên giải quyết các điểm không rõ ràng mà Điều 79 CISG để lại. Ví dụ, đưa ra định nghĩa "bên thứ ba", chỉ rõ rằng sự kiện bất khả kháng miễn thực hiện nghĩa vụ vĩnh viễn hay tạm thời. Hơn nữa, điều khoản cũng nên giải quyết các vấn đề về thời gian, chẳng hạn như nghĩa vụ chỉ được miễn tạm thời thì khi nào phải được tái thực hiện.

- Luật sư nên đặt ra phạm vi của điều khoản bất khả kháng để tránh để lại khoảng trống pháp lý. Ví dụ, nếu các bên muốn điều khoản bất khả kháng rộng hơn, nghĩa là miễn thực hiện nghĩa vụ trong nhiều trường hợp hơn Điều 79 CISG, thì điều khoản nên thể hiện rõ ý định của họ. Luật sư nên viết rõ là điều khoản đó sẽ là riêng biệt hay chỉ bổ sung cho Điều 79 CISG, cũng như nó sẽ được áp dụng cho một bên hay cả hai bên.

- Chỉ rõ liệu một sự kiện bất khả kháng phải thực sự làm ảnh hưởng đến việc thực hiện nghĩa vụ hay chỉ có khả năng không thể thực hiện được nghĩa vụ cũng đã là đủ. Tòa án thường giải thích các thuật ngữ

không rõ ràng như “không thể” để đặt ra một tiêu chuẩn về “khả năng không thể thực hiện được”. Ngoài ra, Luật sư cần chỉ ra mức độ ảnh hưởng tới việc thực hiện nghĩa vụ để xác định mức độ nào là đủ để miễn thực hiện nghĩa vụ.

- Tòa án có thể hiểu điều khoản bất khả kháng trong mối quan hệ với các điều khoản khác. Chẳng hạn, hợp đồng chứa đựng quy định cam kết rằng hàng hóa phù hợp cho một mục đích nhất định và một sự kiện bất khả kháng làm cho hàng hóa không phù hợp, Tòa án có thể nhận thấy rằng sẽ là “rõ ràng không hợp lý” nếu người bán được miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại. Luật sư có thể hạn chế điều khoản cam kết bằng cách quy định: “Cam kết này phụ thuộc vào điều khoản bất khả kháng”.

- Hợp đồng chứa cả quy định “nhận hoặc trả tiền” và điều khoản bất khả kháng: Điều khoản nhận hoặc trả tiền là một thỏa thuận dài hạn về việc cung cấp hàng hóa mà trong đó người mua nhận hàng hoặc phải trả tiền cho một mức hàng hóa tối thiểu, ngay cả khi họ không cần. Theo đó, ngay cả khi một sự kiện bất khả kháng làm cho người mua không thể nhận hàng, họ vẫn phải trả tiền. Vì thế, Luật sư cần đọc toàn bộ hợp đồng để bảo đảm rằng các nội dung nhất quán với nhau.

- Vì các Tòa án có xu hướng giải nghĩa các điều khoản bất khả kháng theo hướng hẹp, nên Luật sư cần sử dụng ngôn ngữ rõ ràng khi định nghĩa các sự kiện sẽ miễn việc thực hiện nghĩa vụ. Hơn nữa, khi đưa ra các điều kiện, nên chỉ rõ là điều kiện áp dụng cho một số hay tất cả các sự kiện. Ví dụ, trong vụ kiện PPG: Industries, Inc. vs. Shell Oil Company, Shell Oil được miễn thực hiện nghĩa vụ trong một hợp đồng mua bán êtylen với PPG: Industries, Inc. Điều khoản bất khả kháng trong hợp đồng của hai bên quy định rằng: “Cả bên bán và bên mua sẽ được miễn thực hiện nghĩa vụ trong phạm vi việc thực hiện nghĩa vụ đó bị làm chậm hoặc cản trở bởi bất kỳ tình huống nào, v.v., ngoài tầm kiểm soát của họ một cách hợp lý, v.v. và cháy nổ”. Tòa án tuyên rằng Shell Oil được miễn thực hiện nghĩa vụ vì một vụ nổ đã xảy ra mặc cho vụ nổ đó không nằm ngoài tầm kiểm soát hợp lý của Shell Oil do điều kiện về việc kiểm soát hợp lý không áp dụng cho cháy nổ.

III. KỸ NĂNG THAM GIA GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP VỀ HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA QUỐC TẾ

1. Tranh chấp về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế

a) Khái niệm và đặc điểm chung của tranh chấp phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế:

Tương tự hợp đồng dân sự thông thường, tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế về bản chất cũng phát sinh từ mâu thuẫn, bất đồng ý kiến giữa các bên tham gia quan hệ hợp đồng và có liên quan đến việc thực hiện (hoặc không thực hiện) các quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng. Tranh chấp phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế có các đặc điểm sau:

- Là tranh chấp phát sinh trong lĩnh vực thương mại;

- Là tranh chấp mà chủ thể chủ yếu là thương nhân hoặc có ít nhất một bên là thương nhân;

- Là tranh chấp mà giữa các bên tranh chấp có quan hệ hợp đồng thương mại;

- Tồn tại yếu tố tài sản, gắn liền với lợi ích của các bên và phát sinh tranh chấp trực tiếp từ quan hệ hợp đồng;

- Có sự vi phạm nghĩa vụ của một bên, làm ảnh hưởng quyền lợi của bên còn lại;

- Có sự bất đồng quan điểm giữa các bên về sự vi phạm hoặc việc xử lý hậu quả phát sinh từ vi phạm;

- Các bên tranh chấp có quyền tự định đoạt và giải quyết theo nguyên tắc bình đẳng, thỏa thuận.

Như vậy, có thể thấy, tranh chấp phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế một mặt là tranh chấp thông thường từ các quan hệ dân sự, hội tụ đầy đủ đặc điểm của một tranh chấp nói chung. Mặt khác, đó là tranh chấp phát sinh trong lĩnh vực thương mại, xoay quanh quá trình ký kết và thực hiện việc mua bán hàng hóa. Từ đó đặt ra một yêu cầu chung sao cho các tranh chấp này được giải quyết bằng các phương thức linh hoạt, hiệu quả, đáp ứng nhu cầu của hoạt động kinh doanh quốc tế.

b) Các dạng tranh chấp phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế:

Tranh chấp phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế có thể là:

- Tranh chấp liên quan đến tư cách chủ thể ký hợp đồng;

- Tranh chấp liên quan đến hình thức của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế;

- Tranh chấp liên quan đến đề nghị và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế;

- Tranh chấp liên quan đến nghĩa vụ của người bán (không giao hàng, giao hàng chậm, không giao hoặc giao chậm chứng từ liên quan, giao hàng không đúng quy cách, phẩm chất hàng hóa, v.v.).

2. Lựa chọn phương thức thích hợp nhằm ngăn chặn tranh chấp phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế

Giải quyết tranh chấp không phải là điều đầu tiên mà các bên nghĩ đến khi ký kết hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, vì vậy Luật sư cần hướng dẫn khách hàng của mình nhận thức rằng các bất đồng hay tranh chấp từ hợp đồng có thể phát sinh bất cứ lúc nào, điều quan trọng là cần dự đoán các tranh chấp có thể xảy ra và xác định trước các phương thức để ngăn ngừa, giải quyết tranh chấp.

Các phương thức ngăn ngừa tranh chấp phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế bao gồm:

a) Đàm phán và soạn thảo hợp đồng:

Luật sư cần lưu ý các bên chú trọng về nội dung hợp đồng trong giai đoạn đàm phán, soạn thảo. Một hợp đồng được đàm phán tốt, có những điều khoản rõ ràng, đơn giản sẽ dễ thực hiện và diễn giải hơn là một hợp đồng được ký kết vội vàng, hoặc chứa các điều khoản tối nghĩa, mơ hồ. Là người có kiến thức chuyên sâu, nắm rõ các quy định pháp luật và căn cứ khoa học để cá thể hóa các xung đột, Luật sư cần hỗ trợ khách hàng trong việc đàm phán và soạn thảo các hợp đồng phức tạp, có nghi ngờ về phạm vi của một hoặc một số điều khoản.

b) Lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp thích hợp:

Thông thường, các phương thức chính để giải quyết tranh chấp

phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế bao gồm: Thương lượng; Hòa giải trung gian; Tòa án; Trọng tài thương mại. Ngoài hai phương thức thương lượng và hòa giải trung gian[1], Luật sư cần nhận dạng rõ đặc điểm của các phương thức mang tính tài phán như Tòa án hay Trọng tài để lựa chọn thích hợp.

c) Tố tụng Tòa án hay Trọng tài:

Dưới đây là những ưu điểm và nhược điểm cơ bản của hai phương thức giải quyết tranh chấp bằng Tòa án và Trọng tài.

Tiêu chí	Tòa án	Trọng tài
Tính chung thẩm	Phán quyết của Tòa án thường bị kháng cáo.	Đa số các quyết định trọng tài không bị kháng cáo. Chỉ có thể dựa vào một vài lý do để khước từ quyết định trọng tài tại Tòa án.
Sự công nhận quốc tế	Phán quyết của Tòa án thường rất khó đạt được sự công nhận quốc tế. Phán quyết của Tòa án muốn được công nhận tại một nước khác thường phải thông qua một hiệp định song phương hoặc các quy tắc khá nghiêm ngặt khác, trừ một số khu vực ngoại lệ (ví dụ: Liên minh châu Âu).	Quyết định trọng tài thường đạt được sự công nhận quốc tế thông qua một loạt các công ước quốc tế và đặc biệt là Công ước New York năm 1958[2].
Tính trung lập	Mặc dù Thẩm phán quốc gia khách quan, họ vẫn buộc phải sử dụng ngôn ngữ và áp dụng quy tắc tố tụng của quốc gia và họ thường cùng quốc tịch với một bên.	Các bên có thể bình đẳng lựa chọn nơi tiến hành xét xử Trọng tài (tại một nước trung lập chẳng hạn), ngôn ngữ sử dụng, quy tắc tố tụng, quốc tịch của các Trọng tài viên và đại diện pháp lý.

1. Các phương thức thương lượng, hòa giải trung gian còn được gọi là các phương thức giải quyết tranh chấp lựa chọn (Alternative Dispute Resolution - ADR).

2. Công ước Niu Óoc năm 1958 về công nhận và thi hành quyết định trọng tài nước ngoài. Hiện có khoảng 120 quốc gia đã tham gia Công ước Niu Óoc (Xem thêm danh sách quốc gia thành viên công ước tại <www.juristint.org>).

Năng lực chuyên môn và sự kế tục của người giải quyết vụ việc	Không phải tất cả các Thẩm phán đều có chuyên môn về lĩnh vực nào đó như trong các tranh chấp về thanh toán quốc tế, tiêu chuẩn đo lường chuyên ngành hoặc sở hữu trí tuệ. Trong những vụ kiện kéo dài, có thể có nhiều Thẩm phán kế tiếp nhau xét xử vụ kiện.	Các bên có thể lựa chọn các Trọng tài viên có trình độ chuyên môn cao, miễn là các Trọng tài viên độc lập. Thông thường, các Trọng tài viên theo vụ kiện từ đầu đến cuối.
Tính linh hoạt	Tòa án quốc gia bị ràng buộc nghiêm ngặt bởi các quy tắc tố tụng quốc gia.	Đa số các quy tắc tố tụng trọng tài quy định rất linh hoạt việc xác định thủ tục trọng tài, phiên họp giải quyết tranh chấp, thời hạn, địa điểm tổ chức phiên họp, v.v..
Các biện pháp khẩn cấp tạm thời	Khi cần hành động nhanh chóng và hiệu quả để ngăn chặn sự vi phạm, Tòa án có thể ra lệnh cưỡng chế khẩn cấp, thậm chí trước khi bắt đầu tố tụng thực chất. Tòa án cũng có thể ra lệnh cưỡng chế đối với các bên thứ ba.	Trước khi Hội đồng trọng tài được thành lập, các bên phải nhận lệnh tạm thời thông qua Tòa án. Ở hầu hết các hệ thống pháp luật, khi Hội đồng trọng tài được thành lập, các bên có thể vẫn nhận lệnh của Tòa án để ngăn chặn hành vi sai phạm. Theo luật của nhiều nước, Hội đồng trọng tài cũng được quyền áp dụng biện pháp khẩn cấp, tạm thời.
Nhân chứng	Các Tòa án đại diện chủ quyền quốc gia, có quyền triệu tập bên thứ ba và nhân chứng ra trước tòa. Đây là quyền cưỡng chế mà Trọng tài viên không có.	Các Trọng tài viên không có quyền triệu tập bên thứ ba khi chưa có sự đồng ý của họ và không có quyền yêu cầu một bên phải mời nhân chứng đến.
Thời gian giải quyết	Tố tụng có thể bị trì hoãn và kéo dài. Các bên có thể gặp phải một loạt kháng cáo kéo dài và tốn kém.	Trọng tài thường giải quyết nhanh hơn Tòa án. Xét xử Trọng tài có thể tiến hành rất nhanh (vài tuần hoặc vài tháng tùy thuộc vào sự thiện chí của các bên).

Tính bí mật	Các phiên xét xử tại Tòa án được tổ chức công khai và các phán quyết cũng được tuyên công khai.	Các phiên họp giải quyết tranh chấp của Trọng tài không được tổ chức công khai mà chỉ có sự tham gia của các bên nhận được quyết định. Các điều khoản chính trong hợp đồng bao gồm những điều khoản về tính bí mật phải được tuân thủ trong tố tụng trọng tài.
Chi phí	Các bên không phải trả thù lao cho Thẩm phán, ngoài ra các khoản phí rất hợp lý. Tuy nhiên, các bên nên nhớ rằng chi phí trong tranh chấp quốc tế chủ yếu là thù lao cho các Luật sư.	Các bên phải trả trước các khoản thù lao, chi phí đi lại và ăn ở cho Trọng tài viên, cũng như chi phí hành chính cho Tổ chức trọng tài quy chế.

d) Tố tụng trọng tài hay thương lượng, hòa giải:

Việc lựa chọn tố tụng trọng tài hay thương lượng, hòa giải trung gian hoàn toàn khác với việc lựa chọn giữa Tòa án và Trọng tài. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng thương lượng hay hòa giải không loại trừ Trọng tài, và ngược lại, tố tụng trọng tài không loại trừ thương lượng hoặc hòa giải.

Trong tố tụng trọng tài, quyết định được công bố có giá trị chung thẩm và ràng buộc các bên. Quyết định trọng tài vẫn được Tòa án công nhận và có thể ràng buộc bên thua kiện phải thi hành nếu bên đó không tôn trọng các điều khoản của quyết định trọng tài. Ngược lại, tính hiệu quả của các phương thức hòa giải, thương lượng lại hoàn toàn phụ thuộc vào thiện chí của các bên. Các bên tự do tuân theo hoặc không tuân theo khuyến nghị hoặc quyết định của Hòa giải viên.

đ) Kết hợp tố tụng trọng tài với hòa giải, thương lượng:

Luật sư có thể tư vấn soạn thảo hợp đồng quy định quy trình giải quyết theo hai cấp: Thứ nhất, sử dụng phương thức thương lượng hay hòa giải; thứ hai, trong trường hợp thương lượng hay hòa giải không thành công sẽ sử dụng tố tụng trọng tài. Ít nhất, trong hợp đồng phải có

thỏa thuận ngụ ý về quy trình này, thể hiện ý chí: Cố gắng giải quyết tranh chấp một cách hữu hảo của các bên trước khi nhờ đến Trọng tài hay Tòa án. Điều này là vô cùng cần thiết, nhất là đối với hợp đồng dài hạn. Quy định như thế sẽ giúp giữ được mối quan hệ tốt giữa khách hàng và đối tác của họ, thậm chí cả khi tranh chấp phát sinh thì vẫn có thể duy trì giao dịch thương mại trong tương lai.

3. Kỹ năng đại diện giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế

a) Kỹ năng tham gia thương lượng:

Phần lớn những tranh chấp phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế thường được giải quyết bằng Tòa án hoặc Trọng tài thương mại. Trong bối cảnh giao dịch mua bán hàng hóa quốc tế tiềm ẩn nhiều khó khăn, nhất là khi các bên hợp đồng lại đến từ các quốc gia khác nhau, thì phương pháp thương lượng phát huy được nhiều điểm ưu việt. Thương lượng là việc các bên tranh chấp tự thỏa thuận với nhau để lựa chọn giải pháp chấm dứt xung đột đã phát sinh giữa họ.

Các dấu hiệu pháp lý của thương lượng:

- Tự các bên thỏa thuận để tìm kiếm giải pháp trên tinh thần tự nguyện;
- Không có sự hỗ trợ của bên thứ ba ngoài tranh chấp;
- Các bên phải tự nguyện thi hành phương án hòa giải đã lựa chọn.

Lợi thế và hạn chế của thương lượng

Lợi thế:

- Giải quyết tranh chấp nhanh chóng, chi phí thấp;
- Duy trì được hợp tác giữa các bên;
- Không bị lộ bí mật kinh doanh, không ảnh hưởng uy tín của các bên.

Hạn chế:

- Phương án thỏa thuận mà các bên đạt được không mang tính cưỡng chế thi hành;
- Một bên không thiện chí dễ lợi dụng thương lượng để trì hoãn hoặc trốn tránh thực hiện nghĩa vụ.

Biện pháp này chỉ có thể được áp dụng trong trường hợp sau:

- Thường áp dụng trong giai đoạn đầu của quá trình giải quyết tranh chấp;

- Xét về mặt kinh tế, thương lượng chỉ nên được áp dụng cho tranh chấp có giá trị nhỏ, ít phức tạp và các sự kiện liên quan đến tranh chấp là tương đối rõ ràng;

- Các bên đều có thái độ thiện chí;

- Các bên hiểu rõ vị trí của mình trong tranh chấp để hướng đến mục tiêu vì lợi ích chung.

Quá trình thương lượng có thể được thực hiện thông qua những bước sau:

- Làm rõ mục đích khách hàng muốn đạt được;

- Phân tích lợi thế và bất lợi của từng bên tranh chấp;

- Dự kiến các tình huống và lên phương án hòa giải;

- Trao đổi thông tin, đề xuất giải pháp;

- Tổ chức đàm phán trực tiếp (nếu cần thiết);

- Lập biên bản hòa giải khi đạt được phương án;

- Giám sát việc thực hiện phương án hòa giải.

Trong quá trình chuẩn bị thương lượng, Luật sư cần lưu ý những điểm quan trọng sau:

- *Chuẩn bị tham gia thương lượng:*

Giai đoạn chuẩn bị là giai đoạn sơ khởi trong quá trình hòa giải giúp Luật sư hiểu rõ và nắm được thông tin về giao dịch, về bên tranh chấp cũng như soạn thảo các cơ sở pháp lý có sẵn để bảo vệ quyền lợi chung. Công việc cụ thể bao gồm: Xây dựng kế hoạch, phương án thương lượng, thảo luận với khách hàng về phương án thương lượng, vạch rõ các hướng đi chính hoặc dự phòng và giúp khách hàng chuẩn bị tài liệu, lý lẽ cũng như tâm lý thương lượng.

Có thể nói, đây là giai đoạn liên quan nhiều đến các giao tiếp, trao đổi và thu thập thông tin. Một số tranh chấp có thể liên quan đến các hàng hóa đặc biệt, có quy cách cầu kỳ, phức tạp. Hơn nữa, rào cản về ngôn ngữ

cũng có thể là yếu tố gây ra nhiều khó khăn. Vì thế, để giai đoạn chuẩn bị đạt hiệu quả tốt nhất, Luật sư cần chú ý một số điểm sau:

+ Chủ động liên hệ với các khách hàng và cả đối tác để thu thập được càng nhiều thông tin càng tốt. Thông tin càng đầy đủ, Luật sư sẽ càng nắm rõ bản chất của tranh chấp, tiết kiệm thời gian thương lượng cho các bên;

+ Dành thời gian tìm hiểu trước các khái niệm hoặc tiêu chuẩn mang tính chuyên ngành. Ví dụ, một số mặt hàng như máy móc thiết bị điện tử thường có quy chuẩn hoặc thông số phức tạp, nếu không phải là người trong ngành thì khó có thể hiểu được. Trong chừng mực cho phép, Luật sư có thể tự tìm hiểu, hoặc linh hoạt liên hệ với bộ phận chuyên môn của phía khách hàng để được hỗ trợ;

+ Trong giai đoạn này, Luật sư nên tránh đưa ra giải pháp trả lời ngay vì như vậy rất có thể sẽ làm sai lệch nội dung vụ việc theo chiều hướng khác.

- *Thảo luận với khách hàng về phương án thương lượng:*

Sau khi tìm hiểu đầy đủ thông tin, Luật sư cần thông báo cho khách hàng về tình trạng pháp lý của khách hàng. Trong giai đoạn này, Luật sư sẽ tuần tự phân tích những ưu thế của khách hàng và của đối phương để xác định các phương án thương lượng cũng như dự báo phản ứng của đối phương. Luật sư có thể sử dụng mô hình chuyên dùng để giải quyết vấn đề, ví dụ như mô hình SWOT hoặc IDEAL để có thể chọn được những giải pháp tối ưu.

Khi đề xuất các phương án, Luật sư cũng cần chú ý đến các phương án nhượng bộ hoặc dự phòng để có thể linh hoạt xử lý các tình huống khác phát sinh trong thực tế.

- *Chuẩn bị cho khách hàng tham gia thương lượng:*

Đây được xem là giai đoạn rà soát lại lần cuối trước khi “ra trận”. Theo đó, Luật sư sẽ trang bị cho khách hàng tài liệu, lý lẽ, tâm lý cũng như cách ứng xử phù hợp trong quá trình thương lượng. Các đối tác nước ngoài đến từ quốc gia khác nhau sẽ có tư duy cũng như cách ứng xử

khác nhau. Do đó, sau khi đã tìm hiểu kỹ về quốc gia của đối tác, Luật sư cần nhấn mạnh những điểm quan trọng hoặc đặc biệt cho khách hàng cũng như trấn an khách hàng để họ hành xử một cách sáng suốt, bình tĩnh trong mọi tình huống.

- *Tham gia thương lượng cùng khách hàng:*

Đây là giai đoạn Luật sư tham vấn cho khách hàng trong việc đưa ra những yêu cầu, nhượng bộ đúng pháp luật, phù hợp với thỏa thuận mà Luật sư và khách hàng đã thống nhất trước đó. Xuyên suốt phiên làm việc, Luật sư (hoặc trợ lý luật sư) cần phải ghi chép đầy đủ và chi tiết các diễn biến. Điều này vô cùng quan trọng vì nếu trong trường hợp thương lượng không thành, thì đây sẽ là tài liệu giúp Luật sư có thể chuẩn bị phương án bảo vệ tại Tòa án hoặc Trọng tài thương mại.

b) Kỹ năng tham gia hòa giải:

Hòa giải là cuộc đàm phán trong đó một bên thứ ba độc lập (Hòa giải viên) giúp các bên tiến đến tìm ra giải pháp giải quyết xung đột. Hòa giải tập trung vào các bên tham gia giao dịch dân sự, trong đó các Luật sư tham gia để hỗ trợ và Hòa giải viên sẽ điều hành quá trình này. Trung gian hòa giải có thể bao gồm: Hòa giải ngoài tố tụng và hòa giải trong tố tụng.

Lợi thế và hạn chế của trung gian hòa giải

Lợi thế:

- Có các lợi thế tương tự thương lượng;
- Có sự hỗ trợ của người trung gian nên các bên dễ đạt được phương án hòa giải hơn việc tự thương lượng.

Hạn chế:

- Có các bất lợi như thương lượng;
- Phải mất chi phí cho người trung gian.

Là cầu nối giữa các đương sự, Luật sư có vai trò góp phần hạn chế thiệt hại phát sinh từ tranh chấp cho các bên và đem lại lợi ích cho khách hàng của mình. Tuy nhiên, Luật sư cần lưu ý tư cách tham gia của mình đối với quá trình hòa giải:

- Nếu Luật sư tham gia hòa giải với tư cách là người đại diện đương sự thì chỉ có quyền đề xuất hoặc hỗ trợ đương sự;

- Nếu Luật sư tham gia với tư cách là người được ủy quyền thì Luật sư được thực hiện các quyền và nghĩa vụ trong phạm vi được ủy quyền để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho khách hàng;

- Nếu Luật sư tham gia hòa giải với tư cách là người bảo vệ quyền và lợi ích của đương sự thì chỉ được quyền tham vấn và đề xuất đương sự, không được quyền phát biểu;

- Trong quá trình hòa giải, khi làm việc cùng khách hàng, Luật sư cần lưu ý những điểm đã được trình bày tương tự trong quá trình thương lượng.

Chương 11
TƯ VẤN CÁC BIỆN PHÁP PHÒNG VỆ THƯƠNG MẠI

I. GIỚI THIỆU VỀ CÁC BIỆN PHÁP PHÒNG VỆ THƯƠNG MẠI

Tự do hóa thương mại để hội nhập kinh tế quốc tế và thúc đẩy đầu tư, tăng trưởng sản xuất nội địa là hướng đi tất yếu của hầu hết các quốc gia trong đó có Việt Nam. Từ ngày 11-1-2007, thông qua việc gia nhập WTO - thể chế kinh tế với số lượng thành viên tham gia lớn nhất trên thế giới[1], Việt Nam ngày càng hội nhập sâu hơn vào tiến trình tự do hóa thương mại.

Một trong những lợi ích cơ bản của việc gia nhập WTO là hàng hóa xuất khẩu giữa các nước thành viên được hưởng ưu đãi về thuế quan và được loại bỏ dần các rào cản có tính chất hành chính như hạn ngạch, giấy phép, hạn chế xuất khẩu tự nguyện hoặc các quy định bắt buộc về tỷ lệ nội địa hóa. Tuy nhiên, tự do hóa thương mại cũng làm tăng nguy cơ tiềm ẩn từ hành vi cạnh tranh không lành mạnh hoặc từ những diễn biến khó lường trên thị trường có thể gây ra tổn hại cho ngành sản xuất nội địa. Để đối phó với các nguy cơ này, WTO cho phép các nước thành viên được sử dụng một số biện pháp để bảo vệ ngành sản xuất nội địa nhằm tránh hoặc giảm thiểu rủi ro bị thiệt hại do cạnh tranh không lành mạnh hoặc diễn biến đặc biệt của hàng hóa nhập khẩu nước ngoài, trong đó quan trọng và phổ biến nhất là các biện pháp phòng vệ thương mại,

---

1. WTO được chính thức thành lập vào ngày 1-1-1995. Tính đến tháng 12-2016, WTO có 164 nước thành viên.

bao gồm: Biện pháp chống bán phá giá, biện pháp chống trợ cấp và biện pháp khẩn cấp tạm thời để hạn chế nhập khẩu (biện pháp tự vệ).

Khi áp dụng các biện pháp phòng vệ thương mại, các nước thành viên cần bảo đảm rằng việc ban hành và thực thi pháp luật, quy định về phòng vệ thương mại của mình phải phù hợp với khung pháp lý chung của WTO, cụ thể là Hiệp định chung về thuế quan và thương mại năm 1994 (Hiệp định GATT 1994), Hiệp định về chống bán phá giá thực thi Điều VI của Hiệp định GATT 1994 (AD), Hiệp định về trợ cấp và các biện pháp đối kháng (SCM), Hiệp định về biện pháp tự vệ (SG). Khung pháp lý về các biện pháp phòng vệ thương mại của Việt Nam hiện nay bao gồm: Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH ngày 29 tháng 4 năm 2004 của Ủy ban thường vụ Quốc hội về việc chống bán phá giá hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam (sau đây gọi tắt là Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH), Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH ngày 20 tháng 8 năm 2004 Ủy ban thường vụ Quốc hội về chống trợ cấp hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam (sau đây gọi tắt là Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH), Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH ngày 25 tháng 5 năm 2002 Ủy ban thường vụ Quốc hội về tự vệ trong nhập khẩu hàng hóa nước ngoài vào Việt Nam (sau đây gọi tắt là Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH). Đồng thời, Chính phủ cũng đã ban hành các nghị định hướng dẫn các pháp lệnh trên vào năm 2003 và năm 2005[1]. Ngày 12-6-2017 vừa qua, Quốc hội đã ban hành Luật quản lý ngoại thương (có hiệu lực từ ngày 01-01-2018) để thay thế cho các quy định nói trên.

Chương này tập trung vào các quy định của pháp luật hiện hành của Việt Nam và của WTO về các biện pháp phòng vệ thương mại và không đề cập đến các quy định pháp luật nước ngoài áp dụng cho việc điều tra, áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại với hàng hóa xuất khẩu từ Việt Nam tại thị trường nước ngoài.

---

1. Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH, Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH, và Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH lần lượt được hướng dẫn thi hành bởi Nghị định số 90/2005/NĐ-CP, Nghị định số 89/2005/NĐ-CP, và Nghị định số 150/2003/NĐ-CP.

II. CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ PHÒNG VỆ THƯƠNG MẠI

1. Các biện pháp chống bán phá giá

Liên quan đến việc điều tra và áp dụng biện pháp chống bán phá giá, Luật sư cần nắm vững những vấn đề cơ bản sau:

- Điều kiện để khởi xướng điều tra và áp dụng biện pháp chống bán phá giá;

- Xác định biên độ bán phá giá;

- Xác định thiệt hại đáng kể/đe dọa gây thiệt hại đáng kể đối với ngành sản xuất trong nước do hàng hóa bị bán phá giá gây ra;

- Các quy trình và thủ tục cơ bản của một vụ điều tra chống bán phá giá;

- Các công việc mà nguyên đơn, bị đơn, nhà nhập khẩu phải thực hiện trong vụ việc điều tra chống bán phá giá và hậu quả đối với việc hợp tác/không hợp tác của các bị đơn/nguyên đơn.

a) Điều kiện để khởi xướng điều tra và áp dụng biện pháp chống bán phá giá:

- *Điều kiện để khởi xướng điều tra:*

Bộ trưởng Bộ Công Thương có thể ra quyết định khởi xướng điều tra chống bán phá giá trong hai trường hợp sau:

Trường hợp 1: Khởi xướng điều tra theo yêu cầu của đại diện ngành sản xuất trong nước[1].

Đại diện ngành sản xuất trong nước đáp ứng tư cách nộp hồ sơ yêu cầu: Các nhà sản xuất có khối lượng, số lượng hoặc trị giá hàng hóa chiếm ít nhất 25% tổng khối lượng, số lượng hoặc trị giá hàng hóa của ngành sản xuất trong nước sản xuất hàng hóa tương tự với hàng nhập khẩu.

Khối lượng, số lượng hoặc trị giá của hàng hóa quy định tại điều kiện trên và của các nhà sản xuất trong nước ủng hộ việc nộp hồ sơ

1. Khoản 1 Điều 8 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH

yêu cầu áp dụng biện pháp chống bán phá giá phải lớn hơn khối lượng, số lượng hoặc trị giá hàng hóa tương tự của các nhà sản xuất trong nước phản đối yêu cầu áp dụng biện pháp chống bán phá giá.

Hồ sơ yêu cầu hợp lệ của đại diện ngành sản xuất trong nước nộp cho cơ quan điều tra thuộc Bộ Công Thương (hiện nay là Cục Quản lý cạnh tranh)[1] cho thấy có dấu hiệu của việc bán phá giá hàng hóa nhập khẩu tại thị trường trong nước là nguyên nhân gây ra hoặc đe dọa gây ra thiệt hại đáng kể cho ngành sản xuất trong nước.

Trường hợp 2: Tự khởi xướng điều tra (không có đơn yêu cầu của đại diện ngành sản xuất trong nước)

Bộ trưởng Bộ Công Thương có thể ra quyết định khởi xướng điều tra (mà không cần có đơn yêu cầu) khi có bằng chứng rõ ràng về việc bán phá giá hàng hóa nhập khẩu tại thị trường trong nước gây ra hoặc đe dọa gây ra thiệt hại đáng kể cho ngành sản xuất trong nước[2].

- *Điều kiện để áp dụng biện pháp chống bán phá giá đối với hàng hóa nhập khẩu:*

Sau khi tiếp nhận hồ sơ yêu cầu hợp lệ của đại diện ngành sản xuất trong nước, cơ quan điều tra phải tiến hành điều tra, thu thập thông tin từ các bên liên quan để xác định các yếu tố cho phép áp dụng biện pháp chống bán phá giá đối với hàng hóa nhập khẩu bao gồm:

+ Có hành vi bán phá giá hàng nhập khẩu tại thị trường trong nước;

+ Ngành sản xuất trong nước phải chịu thiệt hại đáng kể hoặc bị đe dọa gây ra thiệt hại đáng kể;

+ Có mối quan hệ nhân quả giữa việc bán phá giá hàng hóa nhập khẩu với thiệt hại đáng kể/đe dọa gây thiệt hại đáng kể cho ngành sản xuất trong nước.

Dưới đây là phương thức xác định ba yếu tố nói trên theo quy định pháp luật hiện hành của Việt Nam và WTO.

---

1. Cục Quản lý cạnh tranh được thành lập vào năm 2004, có tiền thân là Ban Quản lý cạnh tranh.

2. Khoản 2 Điều 8 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH.

b) Xác định hành vi bán phá giá:

Theo quy định tại khoản 1 Điều 3 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH, hàng hóa nhập khẩu được coi là bị bán phá giá vào thị trường Việt Nam nếu hàng hóa đó được bán với giá thấp hơn giá thông thường.

Dấu hiệu về bán phá giá thông thường được thể hiện qua việc giá bán hàng hóa tại thị trường nội địa (home market) cao hơn giá bán hàng hóa tại thị trường nước nhập khẩu. Ví dụ, hàng hóa X sản xuất tại nước A có giá bán 100USD/tấn tại thị trường của nước A và được xuất khẩu sang Việt Nam với giá 80USD/tấn (giá xuất khẩu sang Việt Nam). Trong trường hợp này, hàng hóa X có thể đã bị bán phá giá tại thị trường Việt Nam.

Để xác định một hàng hóa có bị coi là bán phá giá hay không, cơ quan điều tra của nước nhập khẩu cần tiến hành so sánh giá xuất khẩu và giá thông thường. Theo đó, cơ quan điều tra cần tiến hành xác định: Giá xuất khẩu, giá thông thường và tiến hành so sánh giá xuất khẩu và giá thông thường để tính toán biên độ phá giá của hàng hóa bị điều tra.

- *Xác định giá xuất khẩu:*

Theo khoản 4 Điều 26 Nghị định số 90/2005/NĐ-CP ngày 11 tháng 7 năm 2005 hướng dẫn Pháp lệnh chống bán phá giá hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam (sau đây gọi tắt là Nghị định số 90/2005/NĐ-CP), giá xuất khẩu của hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam được tính bằng giá bán hàng hóa của nhà sản xuất hoặc nhà xuất khẩu nước ngoài bán cho nhà nhập khẩu tại Việt Nam, xác định thông qua các chứng từ giao dịch hợp pháp.

Trong trường hợp đặc biệt, khi có căn cứ cho rằng phương pháp xác định giá xuất khẩu trên không đáng tin cậy, ví dụ như số liệu về giá bán do nhà xuất khẩu cung cấp không đáng tin cậy, cơ quan điều tra có thể sử dụng các phương pháp mà cơ quan điều tra cho là phù hợp để xác định giá xuất khẩu (constructed export price)[1].

1. Khoản 5 Điều 26 Nghị định số 90/2005/NĐ-CP.

- *Xác định giá thông thường:*

Theo khoản 1 Điều 2 Hiệp định AD và khoản 1 Điều 3 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH, giá thông thường của hàng hóa nhập khẩu bị điều tra là giá có thể so sánh được của chính hàng hóa đó hoặc hàng hóa tương tự bán tại thị trường nước xuất khẩu tại điều kiện thương mại thông thường.

Trong trường hợp không có hàng hóa tương tự bán trên thị trường nội địa của nước xuất khẩu hoặc nếu khối lượng hoặc trị giá của hàng hóa đó tại thị trường nội địa không đáng kể thì cơ quan điều tra có thể căn cứ vào các dữ kiện thực tế và xem xét yêu cầu của các bên liên quan, xác định giá thông thường của hàng nhập khẩu theo một trong hai cách sau:

+ Giá có thể so sánh được của hàng hóa tương tự của nước xuất khẩu đang được bán trên thị trường một nước thứ ba trong các điều kiện thương mại thông thường;

+ Giá thành hợp lý của hàng hóa cộng thêm các chi phí hợp lý khác và lợi nhuận ở mức hợp lý, xét theo từng công đoạn từ sản xuất đến lưu thông trên thị trường của nước xuất khẩu hoặc nước thứ ba.

Về yếu tố điều kiện thương mại thông thường, hiện nay các quy định của pháp luật Việt Nam không đưa ra định nghĩa về khái niệm này. Tuy nhiên, theo khoản 2 Điều 2 Hiệp định AD và theo thông lệ quốc tế, bán hàng không trong điều kiện thương mại thông thường là việc bán hàng hóa với giá thấp hơn chi phí sản xuất trong một khoảng thời gian dài và với khối lượng lớn[1].

- *So sánh giá xuất khẩu và giá thông thường:*

Theo khoản 4 Điều 2 Hiệp định AD, cơ quan điều tra phải tiến hành so sánh giá xuất khẩu và giá thông thường một cách công bằng (fair comparison). Việc so sánh phải được thực hiện tại cùng một cấp độ thương mại, thông thường là giá xuất xưởng (ex-factory) và hàng hóa được bán trong giai đoạn điều tra. Để có thể tiến hành so sánh

1. Khoản 1 Điều 2 Hiệp định AD.

một cách công bằng, cơ quan điều tra phải yêu cầu các bên liên quan (nhà xuất khẩu, nhà nhập khẩu, công ty thương mại liên quan (nếu có)) cung cấp các thông tin, số liệu bán hàng như chi phí bán hàng, vận chuyển, bảo hiểm, các mức chiết khấu, giảm giá, tỷ giá quy đổi, v.v.. Trong quá trình so sánh, cơ quan điều tra có thể thực hiện một số điều chỉnh như:

+ Điều chỉnh giá thông thường và giá xuất khẩu về cùng một khâu của quá trình lưu thông hàng hóa;

+ Điều chỉnh giá thông thường và giá xuất khẩu trên cơ sở những khác biệt về thuế, điều kiện bán hàng, dung lượng thương mại, khối lượng, đặc tính vật lý và các yếu tố khác mà cơ quan điều tra cho là phù hợp;

+ Giá thông thường và giá xuất khẩu phải được quy đổi thành tiền Việt Nam theo tỷ giá giao dịch bình quân trên thị trường ngoại tệ liên ngân hàng do Ngân hàng Nhà nước công bố vào ngày Bộ trưởng Bộ Công Thương ký quyết định điều tra. Trong trường hợp Ngân hàng Nhà nước không công bố tỷ giá vào ngày Bộ trưởng Bộ Công Thương ký quyết định điều tra, việc quy đổi thực hiện theo tỷ giá được công bố của ngày liền kề sau đó[1].

- Tính toán biên độ bán phá giá:

Theo Điều 12 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH và khoản 3 Điều 25 Nghị định số 90/2005/NĐ-CP, biên độ bán phá giá được xác định bằng khoảng chênh lệch có thể tính được giữa giá thông thường của hàng hóa so với giá xuất khẩu hàng hóa đó vào Việt Nam. Biên độ bán phá giá được tính với đơn vị phần trăm (%).

Do vậy, có thể hiểu, biên độ bán phá giá sẽ được tính theo công thức sau:

[(Giá trị thông thường - Giá xuất khẩu)/Giá xuất khẩu] * 100% = Biên độ phá giá.

1. Điều 27 Nghị định số 90/2005/NĐ-CP.

Nếu biên độ bán phá giá thấp hơn hoặc bằng 2% sẽ được coi là biên độ phá giá không đáng kể và hàng hóa bị điều tra sẽ không bị áp dụng biện pháp chống bán phá giá[1].

c) Xác định thiệt hại/đe dọa gây thiệt hại đáng kể do hàng hóa bị bán phá giá gây nên:

Như đã phân tích ở trên, để có thể áp dụng biện pháp chống bán phá giá, cơ quan điều tra cần phải chứng minh: Hàng hóa nhập khẩu bị bán phá giá, ngành sản xuất trong nước phải chịu thiệt hại đáng kể/bị đe dọa gây thiệt hại đáng kể và có mối quan hệ nhân quả giữa hàng hóa nhập khẩu bị bán phá giá và thiệt hại đáng kể/đe dọa gây thiệt hại đáng kể của ngành sản xuất trong nước.

Do vậy, liên quan đến việc xác định thiệt hại, cơ quan điều tra cần phải làm rõ hai vấn đề sau:

+ Ngành sản xuất trong nước có chịu thiệt hại đáng kể hoặc bị đe doạ gây thiệt hại đáng kể hay không;

+ Hàng hóa bị bán phá giá có phải là nguyên nhân gây ra thiệt hại đáng kể hoặc đe dọa gây thiệt hại đáng kể nêu trên hay không.

Xác định thiệt hại/đe dọa gây ra thiệt hại đối với ngành sản xuất trong nước:

- *Về xác định thiệt hại:* Để xác định ngành sản xuất trong nước của hàng hóa tương tự có chịu thiệt hại đáng kể hoặc bị đe dọa gây thiệt hại đáng kể hay không, theo khoản 2 Điều 12 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH và khoản 1 Điều 3 Hiệp định AD, cơ quan điều tra sẽ đánh giá mức độ thiệt hại của ngành sản xuất trong nước dựa trên các yếu tố sau:

+ Xu hướng biến động tăng tuyệt đối và tương đối về khối lượng/số lượng hàng hóa nhập khẩu bị bán phá giá, so sánh với hàng trong nước bán ra tại thị trường Việt Nam (tác động về lượng) trong giai đoạn điều tra;

1. Điều 2 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH.

+ Tác động của hàng hóa nhập khẩu bị bán phá giá đối với giá của hàng hóa tương tự bán tại thị trường trong nước (tác động về giá) gây hiện tượng bán hạ giá, kìm giá hàng tương tự trong nước;

+ Các tác động tiêu cực của hàng hóa nhập khẩu đối với kết quả sản xuất, kinh doanh của nhà sản xuất trong nước (lợi nhuận, lao động, tốc độ tăng trưởng, v.v.) và việc hình thành, phát triển của các nhà sản xuất hàng hóa tương tự trong nước.

Theo quy định tại Điều 12 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH, ngoài các yếu tố trên, cơ quan điều tra phải đánh giá các tác động khác của hàng hóa bị bán phá giá đối với ngành sản xuất trong nước như các nhân tố tác động lên giá bán trong nước, các chỉ số về hiệu quả hoạt động và khả năng đầu tư của doanh nghiệp trong nước.

- *Về xác định đe dọa gây ra thiệt hại:* Khi xác định vấn đề đe dọa gây ra thiệt hại đáng kể cho ngành sản xuất trong nước, ngoài những yếu tố nêu trên, cơ quan điều tra cần xem xét một số yếu tố khác, thông thường bao gồm[1]:

+ Tốc độ tăng của hàng hóa nhập khẩu bị bán phá giá vào thị trường nước nhập khẩu;

+ Khả năng tiếp tục tăng khối lượng hàng sản xuất/xuất khẩu của các nhà xuất khẩu trong tương lai.

Cần lưu ý rằng, khi điều tra thiệt hại, dù là thiệt hại thực tế hay đe dọa gây thiệt hại, cơ quan điều tra có nghĩa vụ thực hiện điều tra khách quan và dựa trên những số liệu, chứng cứ xác thực, chứ không chỉ đơn thuần dựa vào các cáo buộc, phỏng đoán hoặc khả năng mà không được chứng minh một cách rõ ràng[2].

Mối quan hệ nhân quả giữa hàng hóa bị bán phá giá và thiệt hại đối với ngành sản xuất trong nước:

Theo Điều 28 Nghị định số 90/2005/NĐ-CP, mối quan hệ nhân quả giữa hàng hóa bị bán phá giá và thiệt hại sẽ được xác định dựa trên các yếu tố sau đây:

---

1. Khoản 6 Điều 3 Hiệp định AD.
2. Khoản 8 Điều 2 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH.

+ Mối quan hệ giữa việc bán phá giá hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam với thiệt hại đáng kể hoặc đe dọa gây ra thiệt hại đáng kể cho ngành sản xuất trong nước;

+ Số lượng và giá của hàng hóa tương tự nhập khẩu vào Việt Nam không bị bán phá giá;

+ Mức độ giảm sút của cầu hoặc thay đổi về hình thức tiêu dùng đối với hàng hóa tương tự sản xuất trong nước;

+ Khả năng xuất khẩu và năng suất của ngành sản xuất trong nước;

+ Các yếu tố khác theo quyết định của cơ quan điều tra, các yếu tố này có thể thay đổi tùy theo từng vụ việc cụ thể, ví dụ như sự phát triển của khoa học - công nghệ, v.v.;

+ Để xác định có mối quan hệ nhân quả giữa hàng nhập khẩu và thiệt hại/nguy cơ bị thiệt hại của ngành sản xuất trong nước, cơ quan điều tra cần loại trừ khả năng các yếu tố khác có tác động gây thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất trong nước.

Nói cách khác, việc thiết lập mối quan hệ nhân quả giữa thiệt hại của ngành sản xuất trong nước và hàng hóa nhập khẩu bị điều tra không chỉ dựa trên tác động của hàng hóa nhập khẩu đối với ngành sản xuất trong nước mà còn cần tính đến tác động của các yếu tố khác để bảo đảm rằng các yếu tố này không phải là nguyên nhân dẫn đến thiệt hại.

d) Quy trình và thủ tục khởi xướng, điều tra, rà soát và áp dụng các biện pháp chống bán phá giá:

Trong thời hạn 60 ngày, kể từ ngày nhận được đầy đủ hồ sơ hợp lệ yêu cầu áp dụng biện pháp chống bán phá giá, Bộ trưởng Bộ Công Thương xem xét để ra quyết định khởi xướng điều tra hoặc quyết định không khởi xướng điều tra.

Về cơ bản, trình tự của một vụ điều tra chống bán phá giá được diễn ra như sau[1]:

1. Các mốc thời gian trong bảng này là thời gian tối đa của từng bước trong điều tra áp dụng biện pháp chống bán phá giá, do vậy các bước này có thể được thực hiện sớm hơn.

Trình tự	Ngày thứ
Nộp hồ sơ đầy đủ để yêu cầu điều tra áp dụng biện pháp chống bán phá giá.	0
Bộ trưởng Bộ Công Thương ra quyết định điều tra và Cục Quản lý cạnh tranh ban hành bản câu hỏi cho nhà xuất khẩu nước ngoài, nhà sản xuất trong nước và nhà nhập khẩu.	60 (90 trong trường hợp gia hạn)
Các bên nộp bản trả lời cho Cục Quản lý cạnh tranh.	90 (ngày thứ 120 trong trường hợp gia hạn)
Cơ quan điều tra ra kết luận sơ bộ (có thể áp thuế chống bán phá giá tạm thời).	150 (ngày thứ 210 trong trường hợp gia hạn)[1]
Thẩm tra tại chỗ với các nhà xuất khẩu, nhà nhập khẩu và nhà sản xuất trong nước.	Cơ quan điều tra có thể thẩm tra trước hoặc sau khi có quyết định sơ bộ
Nhà xuất khẩu đề xuất biện pháp cam kết (nếu có)	Sau khi có quyết định cuối cùng và trước khi kết thúc điều tra
Kết thúc điều tra và điều trần (hearing) do cơ quan điều tra tổ chức và mời các bên liên quan tham dự.	425 (605 trong trường hợp gia hạn ngày)[2]
Công bố kết luận điều tra (essential facts) và cho phép các bên gửi ý kiến bình luận về kết luận điều tra.	455 (640 trong trường hợp gia hạn)[3]
Gửi hồ sơ vụ việc tới Hội đồng xử lý vụ việc chống phá giá.	462 (647 trong trường hợp gia hạn)[4]
Hội đồng xử lý vụ việc ra quyết định về các vấn đề: (i) có hay không tình trạng bán phá giá; (ii) có hay không thiệt hại đáng kể; và (iii) có hay không mối quan hệ nhân quả.	492 (677 trong trường hợp gia hạn)[5]
Bộ trưởng Bộ Công Thương ra quyết định áp thuế chống phá giá.	Sau ngày thứ 492 (677 trong trường hợp gia hạn)[6]

1. Khoản 1 Điều 17 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH.
2. Điều 16 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH.
3. Khoản 1 Điều 33 Nghị định số 90/2005/NĐ-CP.
4. Khoản 3 Điều 33 Nghị định số 90/2005/NĐ-CP.
5. Khoản 1 Điều 39 Nghị định số 90/2005/NĐ-CP.
6. Khoản 1 Điều 22 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH.

Trên thực tế, ngoài việc nộp bản trả lời câu hỏi, các bên liên quan của vụ việc có thể đệ trình các thông tin, số liệu và bình luận về bất cứ vấn đề nào của vụ điều tra (bao gồm vấn đề phá giá, biên độ phá giá, thiệt hại hoặc quyết định sơ bộ, v.v.) tới Cục Quản lý cạnh tranh. Các bên cũng có thể yêu cầu tham vấn với cơ quan điều tra để nêu ý kiến hoặc trao đổi về các vấn đề có liên quan. Các thông tin và số liệu được đệ trình bởi các bên liên quan sẽ được Cục Quản lý cạnh tranh thẩm tra và xác minh. Ngoài ra, các bên cũng có thể gửi yêu cầu bằng văn bản xin gia hạn thời hạn trả lời bản câu hỏi, nhưng phải có lý do chính đáng và được cơ quan điều tra chấp thuận.

Các bên liên quan cũng có quyền yêu cầu tham vấn với Cục Quản lý cạnh tranh trong quá trình điều tra. Đồng thời, Cục Quản lý cạnh tranh thường tổ chức một phiên tham vấn công khai để các bên liên quan trực tiếp trình bày các quan điểm và đề xuất liên quan đến vụ việc điều tra. Phiên tham vấn công khai thường được tổ chức sau khi Cục Quản lý cạnh tranh hoàn thành việc thẩm tra các nhà xuất khẩu nước ngoài và trước khi đưa ra kết luận cuối cùng của vụ việc.

Ngoài ra, nhà xuất khẩu có quyền đề xuất biện pháp cam kết tự nguyện với cơ quan điều tra trong khoảng thời gian sau khi có kết luận sơ bộ và trước khi kết thúc điều tra[1].

Đối với các thông tin bí mật của doanh nghiệp, doanh nghiệp có quyền yêu cầu cơ quan điều tra giữ bí mật thông tin đó một cách hợp lý và khi nhận được yêu cầu bảo mật thông tin từ doanh nghiệp, cơ quan điều tra có trách nhiệm bảo mật thông tin[2]. Trong quá trình điều tra, các bên có liên quan có quyền tiếp cận thông tin mà các bên khác đã cung cấp cho cơ quan điều tra, trừ trường hợp các thông tin được các bên yêu cầu bảo mật[3].

- Áp dụng thuế chống bán phá giá tạm thời:

Sau khi ban hành quyết định điều tra, trong vòng 60 ngày và căn cứ vào kết luận điều tra sơ bộ, Bộ Công Thương có thể ra quyết định

1. Điều 21 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH.
2. Khoản 1 Điều 15 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH.
3. Khoản 2 Điều 15 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH.

áp dụng thuế chống bán phá giá tạm thời. Theo đó, thuế chống bán phá giá tạm thời không được cao hơn biên độ phá giá trong kết luận sơ bộ[1].

Thời hạn áp dụng thuế chống bán phá giá tạm thời không được quá 120 ngày, kể từ ngày có quyết định áp dụng biện pháp chống bán phá giá tạm thời. Thuế chống phá giá tạm thời có thể được gia hạn thêm 60 ngày khi có yêu cầu của các nhà xuất khẩu hàng hóa tương tự[2].

- *Áp dụng thuế chống bán phá giá chính thức:*

Căn cứ vào kết luận cuối cùng và kiến nghị của Hội đồng xử lý vụ việc chống bán phá giá, Bộ trưởng Bộ Công Thương sẽ ra quyết định áp dụng hay không áp dụng thuế chống bán phá giá hoặc chấp thuận biện pháp cam kết của nhà xuất khẩu. Trong trường hợp ra quyết định áp thuế chống bán phá giá, thuế suất thuế chống bán phá giá không được vượt quá biên độ bán phá giá trong kết luận cuối cùng[3]. Trong trường hợp biên độ thiệt hại được xác định thấp hơn mức tương ứng của biên độ phá giá, thuế chống bán phá giá không được vượt quá biên độ thiệt hại.

Theo Điều 23 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH, thuế chống bán phá giá có thể được áp dụng có hiệu lực trở về trước trong hai trường hợp:

+ Trong trường hợp kết luận cuối cùng xác định có thiệt hại đáng kể hoặc đe dọa gây ra thiệt hại đáng kể cho ngành sản xuất trong nước và thuế chống bán phá giá tạm thời đã được áp dụng trước khi có kết luận cuối cùng thì thuế chống bán phá giá được áp dụng có hiệu lực trở về trước;

+ Thuế chống bán phá giá được áp dụng có hiệu lực trở về trước đối với hàng hóa nhập khẩu trong thời hạn 90 ngày trước khi áp dụng biện pháp tạm thời nếu có hai điều kiện: Hàng hóa nhập khẩu bị bán phá giá và hàng hóa bị bán phá giá vào Việt Nam tăng nhanh đột biến

1. Điều 20 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH.
2. Khoản 2 Điều 20 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH.
3. Khoản 2 Điều 22 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH.

gây ra thiệt hại khó có khả năng khắc phục cho ngành sản xuất trong nước.

- *Thời hạn áp dụng thuế chống bán phá giá và rà soát:*

Theo Điều 22 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH, thời hạn áp dụng thuế chống bán phá giá sẽ không quá 05 năm, kể từ ngày có quyết định áp dụng thuế chống bán phá giá.

Các biện pháp chống bán phá giá được rà soát trong các trường hợp sau:

+ Sau 01 năm, kể từ ngày có quyết định áp dụng biện pháp chống bán phá giá, theo đề nghị và bằng chứng được cung cấp bởi các bên có liên quan, Bộ trưởng Bộ Công Thương có quyền ra quyết định rà soát biện pháp chống bán phá giá;

+ 01 năm trước ngày thời hạn quyết định áp dụng biện pháp chống bán phá giá hết hiệu lực, Bộ trưởng Bộ Công Thương sẽ ra quyết định rà soát việc áp dụng biện pháp chống bán phá giá.

Việc rà soát các biện pháp chống bán phá giá được diễn ra không quá 12 tháng và sẽ đi đến một trong ba kết luận sau:

+ Tiếp tục áp dụng hoặc gia hạn áp dụng biện pháp chống bán phá giá;

+ Điều chỉnh mức thuế chống bán phá giá tương ứng với kết quả rà soát;

+ Chấm dứt việc áp dụng biện pháp chống bán phá giá.

đ) Các công việc mà nguyên đơn, bị đơn, nhà nhập khẩu phải thực hiện trong vụ điều tra chống phá giá và hệ quả đối với việc hợp tác/ không hợp tác của các bị đơn/nguyên đơn:

- *Nguyên đơn:*

Trong điều tra chống bán phá giá, nguyên đơn là tổ chức, cá nhân đại diện hợp pháp cho ngành sản xuất trong nước có thể nộp hồ sơ yêu cầu áp dụng biện pháp chống bán phá giá lên cơ quan điều tra[1]. Vì vậy, các công việc mà nguyên đơn cần thực hiện không chỉ giới hạn trong quá trình điều tra mà còn bao gồm cả giai đoạn tiền khởi xướng điều tra. Cụ thể:

1. Khoản 1 Điều 14 Nghị định số 90/2005/NĐ-CP.

+ Giai đoạn tiền khởi xướng:

Tập hợp lực lượng để bảo đảm tư cách khởi kiện của nguyên đơn, bao gồm tỷ lệ 25% và 50% như đã trình bày tại Mục II.1.a đã nêu ở trên.

Chuẩn bị và soạn thảo hồ sơ yêu cầu để đệ trình lên cơ quan điều tra. Hồ sơ này phải có thông tin và số liệu làm bằng chứng ban đầu cho cáo buộc của nguyên đơn về việc: Hàng hóa nhập khẩu bị bán phá giá, ngành sản xuất trong nước bao gồm nguyên đơn và các nhà sản xuất trong nước khác đang phải gánh chịu thiệt hại đáng kể hoặc bị đe dọa gây thiệt hại đáng kể và mối quan hệ nhân quả giữa hai yếu tố này.

+ Giai đoạn điều tra:

Trả lời các bản câu hỏi của cơ quan điều tra dành cho nhà sản xuất trong nước và cung cấp số liệu, tài liệu làm bằng chứng. Nội dung các bản câu hỏi này phần lớn tập trung vào việc xác định thiệt hại, mối quan hệ nhân quả của hàng hóa bị bán phá giá và thiệt hại.

Chủ động thu thập thông tin, số liệu và chuẩn bị các lập luận về các vấn đề của vụ việc như xác định hành vi bán phá giá, phương pháp tính toán biên độ phá giá, xác định thiệt hại, mối quan hệ nhân quả, v.v..

Hợp tác và tạo điều kiện để cơ quan điều tra thẩm tra, xác minh tính chính xác của những thông tin đã đệ trình cho cơ quan điều tra.

Tham gia tham vấn công khai để bảo vệ quan điểm của mình trước cơ quan điều tra và các bên liên quan khác.

- Bị đơn:

Bị đơn trong điều tra chống bán phá giá là các nhà sản xuất và xuất khẩu của những nước bị điều tra. Bị đơn cần thực hiện hai nhiệm vụ chính là: Chuẩn bị và nộp bản trả lời cho cơ quan điều tra, hoàn tất việc thẩm tra tại chỗ nếu cơ quan điều tra có yêu cầu và phân tích số liệu trong hồ sơ (bao gồm số liệu do nguyên đơn nộp trong bản câu hỏi, thông tin khác do các bên thu thập và nộp cho cơ quan điều tra để chứng minh rằng không có đủ cơ sở để áp thuế chống bán phá giá, ví dụ như nguyên đơn không bị thiệt hại, hoặc biên độ bán phá giá không đáng kể), cụ thể là:

+ Bị đơn phải chuẩn bị các bản trả lời câu hỏi và số liệu theo yêu cầu và thời hạn do cơ quan điều tra quy định, đồng thời hợp tác với cơ quan điều tra trong suốt quá trình điều tra, thẩm tra tại chỗ;

+ Trong các bản ý kiến bình luận và tại phiên điều trần, bị đơn cần chỉ ra các căn cứ (nếu có), để chứng minh rằng ít nhất một trong ba điều kiện áp thuế chống bán phá giá không được thỏa mãn.

Lưu ý, trong trường hợp các bên liên quan không cung cấp hoặc cung cấp những thông tin, số liệu sai lệch hoặc không thể xác minh được, cơ quan điều tra sẽ có quyền sử dụng các thông tin, tài liệu sẵn có trong quá trình điều tra để giải quyết vụ việc[1].

Trong trường hợp bị đơn không hợp tác (không trả lời bản câu hỏi, gửi bản trả lời câu hỏi không đúng thời hạn quy định, không đồng ý để cơ quan điều tra tiến hành thẩm tra xác minh hoặc cản trở quá trình điều tra), cơ quan điều tra sẽ có quyền đưa ra quyết định dựa trên các thông tin, tài liệu có sẵn[2]. Tuy nhiên, những thông tin sẵn có này thường bất lợi và làm gia tăng đáng kể biên độ bán phá giá.

- *Các nhà nhập khẩu:*

Nhà nhập khẩu là bên trực tiếp nộp thuế chống bán phá giá trong trường hợp hàng nhập khẩu bị áp thuế chống bán phá giá, sớm nhất có thể từ thời điểm cơ quan điều tra ra quyết định áp thuế tạm thời (sau khi có quyết định sơ bộ). Cũng giống như nguyên đơn và bị đơn, nhà nhập khẩu phải trả lời các bản câu hỏi do cơ quan điều tra ban hành, hợp tác với cơ quan điều tra trong quá trình thẩm tra và xác minh thông tin, chủ động cung cấp thông tin và số liệu cho cơ quan điều tra và tham gia điều trần để bảo vệ quan điểm của mình.

2. Biện pháp chống trợ cấp

Trợ cấp về cơ bản là những khoản hỗ trợ về tài chính mà Chính phủ của một quốc gia cung cấp cho một số loại hình doanh nghiệp hoặc

1. Khoản 2 Điều 13 Pháp lệnh số 20/2004/PL-UBTVQH.
2. Khoản 5 Điều 22 Nghị định số 90/2005/NĐ-CP.

ngành nghề hoặc địa bàn nhằm thu hút đầu tư và phát triển đối với ngành nghề hoặc địa bàn đó. Những hỗ trợ này tạo ra lợi thế cạnh tranh cho những doanh nghiệp nhận được trợ cấp. Trong bối cảnh tự do hóa thương mại, lợi thế cạnh tranh mà hàng hóa nhập khẩu có được nhờ vào việc được trợ cấp có thể tạo ra những tổn thất và thiệt hại đối với ngành sản xuất trong nước của một quốc gia. Vì vậy, WTO cho phép các nước thành viên áp dụng biện pháp đối kháng để hạn chế tác động của trợ cấp từ Chính phủ nước xuất khẩu đối với mối quan hệ cạnh tranh giữa hàng hóa nhập khẩu và hàng hóa nội địa.

Việt Nam đã xây dựng và ban hành quy định pháp luật về việc điều tra và áp dụng biện pháp đối kháng một thời gian dài trước khi gia nhập WTO. Tuy nhiên, cho tới tháng 01-2017, Việt Nam chưa khởi xướng bất cứ vụ điều tra trợ cấp nào đối với hàng hóa nhập khẩu.

Trong điều tra và áp dụng biện pháp chống trợ cấp của Chính phủ nước ngoài, về cơ bản, Luật sư cần nắm vững những nội dung sau:

- Điều kiện để khởi xướng điều tra và áp dụng biện pháp chống trợ cấp;

- Xác định trợ cấp;

- Xác định thiệt hại đáng kể/đe dọa gây thiệt hại đáng kể đối với ngành sản xuất trong nước do hàng hóa hưởng trợ cấp gây ra;

- Các quy trình và thủ tục cơ bản của một vụ điều tra chống trợ cấp;

- Các công việc mà nguyên đơn, bị đơn, nhà nhập khẩu phải thực hiện trong vụ việc điều tra chống trợ cấp và hệ quả đối với việc hợp tác/không hợp tác của các bị đơn/nguyên đơn.

a) Điều kiện để khởi xướng điều tra và áp dụng biện pháp chống trợ cấp:

- Điều kiện để khởi xướng điều tra:

Bộ trưởng Bộ Công Thương có thể ra quyết định khởi xướng điều tra chống trợ cấp trong hai trường hợp sau:

Trường hợp 1: Khởi xướng điều tra theo yêu cầu của đại diện ngành sản xuất trong nước

+ Đại diện ngành sản xuất trong nước đáp ứng tư cách nộp hồ sơ yêu cầu: Các nhà sản xuất có khối lượng, số lượng hoặc trị giá hàng hóa chiếm ít nhất 25% tổng khối lượng, số lượng hoặc trị giá hàng hóa của ngành sản xuất trong nước sản xuất hàng hóa tương tự với hàng nhập khẩu[1];

+ Khối lượng, số lượng hoặc trị giá của hàng hóa quy định tại điều kiện trên và của các nhà sản xuất trong nước ủng hộ việc nộp hồ sơ yêu cầu áp dụng biện pháp chống trợ cấp phải lớn hơn khối lượng, số lượng hoặc trị giá hàng hóa tương tự của các nhà sản xuất trong nước phản đối yêu cầu áp dụng biện pháp chống trợ cấp[2].

Hồ sơ yêu cầu hợp lệ của đại diện ngành sản xuất trong nước nộp Cục Quản lý cạnh tranh cho thấy có dấu hiệu của việc trợ cấp hàng hóa nhập khẩu tại thị trường trong nước là nguyên nhân gây ra hoặc đe dọa gây ra thiệt hại đáng kể cho ngành sản xuất trong nước.

Trường hợp 2: Tự khởi xướng điều tra (không có đơn yêu cầu của đại diện ngành sản xuất trong nước

Bộ trưởng Bộ Công Thương có thể tự ra quyết định khởi xướng điều tra (mà không cần có đơn yêu cầu) khi có bằng chứng rõ ràng về việc trợ cấp hàng hóa nhập khẩu tại thị trường trong nước gây ra hoặc đe dọa gây ra thiệt hại đáng kể cho ngành sản xuất trong nước[3].

- *Điều kiện để áp dụng biện pháp chống trợ cấp đối với hàng hóa nhập khẩu:*

Sau khi tiếp nhận hồ sơ yêu cầu hợp lệ của đại diện ngành sản xuất trong nước, cơ quan điều tra phải tiến hành điều tra, thu thập thông tin từ các bên liên quan để xác định các yếu tố cho phép áp dụng biện pháp chống trợ cấp đối với hàng hóa nhập khẩu bao gồm:

+ Có tồn tại trợ cấp đối với hàng nhập khẩu;

+ Ngành sản xuất trong nước phải chịu thiệt hại đáng kể hoặc bị đe dọa gây ra thiệt hại đáng kể;

1. Khoản 1 Điều 8 Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH.
2. Khoản 1 Điều 8 Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH.
3. Khoản 2 Điều 8 Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH.

+ Tồn tại mối quan hệ nhân quả giữa việc trợ cấp hàng hóa nhập khẩu với thiệt hại đáng kể/đe dọa gây thiệt hại đáng kể cho ngành sản xuất trong nước.

Dưới đây là phương thức xác định ba yếu tố nói trên theo quy định của pháp luật Việt Nam và WTO.

b) Xác định trợ cấp:

Theo khoản 1 Điều 6 Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH, để áp dụng biện pháp chống trợ cấp, cơ quan điều tra trước hết phải xác định rằng hàng hóa nhập khẩu có nhận được trợ cấp. Để xác định có trợ cấp hay không, cơ quan điều tra phải thực hiện hai công việc sau:

- Xác định sự tồn tại của các yếu tố cấu thành trợ cấp, bao gồm cả tính riêng biệt của chương trình trợ cấp:

Khi tiến hành điều tra áp dụng biện pháp chống trợ cấp, cơ quan điều tra cần phải lưu ý tới tính riêng biệt của chương trình trợ cấp vì yếu tố này quyết định xem chương trình trợ cấp có phải là đối tượng bị áp dụng biện pháp đối kháng hay không. Cụ thể, những chương trình trợ cấp không có tính riêng biệt thì không bị áp dụng biện pháp đối kháng. Trái lại, những chương trình trợ cấp có tính riêng biệt có thể bị áp dụng biện pháp đối kháng.

Theo khoản 8 Điều 2 Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH, trợ cấp có tính riêng biệt là trợ cấp chỉ áp dụng riêng cho tổ chức, cá nhân hoặc ngành sản xuất nhất định hoặc trong khu vực địa lý nhất định của nước hoặc vùng lãnh thổ bị điều tra áp dụng biện pháp chống trợ cấp.

Theo khoản 8 Điều 2 Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH và khoản 1 Điều 2 Hiệp định SCM, việc xác định một chương trình trợ cấp có tính "riêng biệt" hay không phải dựa trên những nguyên tắc sau:

+ Khi cơ quan có thẩm quyền cấp trợ cấp hay pháp luật có liên quan hạn chế rõ ràng phạm vi các doanh nghiệp nhất định được hưởng trợ cấp, thì các trợ cấp đó sẽ mang tính riêng biệt;

+ Khi cơ quan có thẩm quyền cấp trợ cấp hay pháp luật có liên quan đặt ra các tiêu chuẩn hoặc điều kiện được nhận trợ cấp thì đó không được coi là có tính riêng biệt nếu tiêu chuẩn, điều kiện nhận trợ cấp được áp dụng chung cho các doanh nghiệp và các tiêu chuẩn, điều kiện đó được tuân thủ chặt chẽ. Các tiêu chuẩn hoặc điều kiện đó phải được thể hiện một cách rõ ràng trong quy định của pháp luật.

- *Xác định loại trợ cấp có thể bị áp thuế chống trợ cấp hay đối kháng:*

Nhìn chung, các loại trợ cấp có tính riêng biệt đều là trợ cấp có thể bị áp dụng biện pháp đối kháng.

Trợ cấp không thể bị áp dụng biện pháp đối kháng là trợ cấp không có tính riêng biệt hay gọi là trợ cấp đèn xanh[1]. Lưu ý rằng, các trợ cấp cho các hoạt động nghiên cứu phát triển hoặc trợ cấp phát triển kinh tế - xã hội cho các vùng miền khó khăn chỉ được coi là trợ cấp đèn xanh cho tới hết ngày 31-12-1999.

- *Tính giá trị của khoản trợ cấp đó:*

Việc tính giá trị trợ cấp khác nhau tùy vào từng chương trình trợ cấp. Khoản 2 Điều 14 Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH quy định cách tính tổng giá trị trợ cấp như sau:

+ Trường hợp trợ cấp là một khoản cấp không hoàn lại thì giá trị trợ cấp được tính trên cơ sở giá trị trợ cấp thực tế cấp cho tổ chức, cá nhân đó;

+ Trường hợp trợ cấp được cấp dưới hình thức một khoản vay thì giá trị trợ cấp được tính trên cơ sở chênh lệch giữa mức lãi suất phải trả cho khoản vay đó theo điều kiện thương mại bình thường và mức lãi suất mà tổ chức, cá nhân thực tế phải trả cho khoản vay đó;

+ Trường hợp trợ cấp được cấp dưới hình thức bảo lãnh vay thì giá trị trợ cấp được xác định trên cơ sở phần chênh lệch giữa mức lãi suất phải trả trong trường hợp không được bảo lãnh và mức lãi suất thực tế phải trả khi được bảo lãnh;

---

1. Điều 8 Hiệp định SCM.

+ Trường hợp trợ cấp được cấp dưới hình thức chuyển giao cổ phần thì giá trị trợ cấp được xác định trên cơ sở lượng vốn thực tế mà doanh nghiệp được nhận;

+ Trường hợp trợ cấp được cấp dưới hình thức Chính phủ hoặc cơ quan của Chính phủ mua hàng hóa, dịch vụ vào với giá cao hơn giá thị trường và bán ra với giá thấp hơn hoặc bằng giá thị trường cho tổ chức, cá nhân thì giá trị trợ cấp được xác định trên cơ sở phần chênh lệch giữa giá thị trường với giá thực tế mà Chính phủ hoặc cơ quan của Chính phủ phải trả cho hàng hóa, dịch vụ đó hoặc phần chênh lệch giữa giá mua vào với giá bán ra của Chính phủ hoặc cơ quan của Chính phủ cho tổ chức, cá nhân;

+ Giá trị trợ cấp được cấp dưới hình thức khác sẽ được tính một cách công bằng, hợp lý và không trái với thông lệ quốc tế.

c) Xác định thiệt hại/đe dọa gây thiệt hại đáng kể cho ngành sản xuất trong nước:

Để áp dụng các biện pháp chống trợ cấp, ngoài việc xác định có tồn tại chương trình trợ cấp, cơ quan điều tra còn phải xác định hàng hóa được trợ cấp có: Gây thiệt hại đáng kể hay đe dọa gây thiệt hại đáng kể cho ngành sản xuất trong nước hay không và có tồn tại mối quan hệ nhân quả giữa việc nhập khẩu hàng hóa được nhận trợ cấp và thiệt hại đáng kể/đe dọa gây thiệt hại đáng kể hay không.

- *Xác định thiệt hại đáng kể/đe dọa gây thiệt hại đáng kể đối với ngành sản xuất trong nước:*

Các phương pháp và nguyên tắc xác định thiệt hại hay đe dọa gây thiệt hại trong điều tra chống trợ cấp tương tự với điều tra chống trợ cấp.

- *Mối quan hệ nhân quả giữa hàng hóa nhận trợ cấp và thiệt hại/đe dọa gây thiệt hại đáng kể:*

Theo Điều 26 Nghị định số 89/2005/NĐ-CP ngày 11 tháng 7 năm 2005 hướng dẫn Pháp lệnh Chống trợ cấp hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam (sau đây gọi tắt là Nghị định số 89/2005/NĐ-CP), mối quan hệ nhân quả

giữa hàng hóa nhận trợ cấp và thiệt hại/đe dọa gây thiệt hại đáng kể được xác định dựa trên các yếu tố sau:

+ Mối quan hệ giữa việc trợ cấp hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam với chứng cứ về thiệt hại đáng kể hoặc đe dọa gây ra thiệt hại đáng kể cho ngành sản xuất trong nước;

+ Số lượng và giá của hàng hóa tương tự không được trợ cấp nhập khẩu vào Việt Nam;

+ Mức độ giảm sút của cầu hoặc thay đổi về hình thức tiêu dùng đối với hàng hóa tương tự sản xuất trong nước;

+ Khả năng xuất khẩu và năng suất của ngành sản xuất trong nước;

+ Các yếu tố khác theo quyết định của cơ quan điều tra.

Ngoài ra, cơ quan điều tra của nước nhập khẩu sẽ phải chứng minh là thiệt hại đáng kể của ngành sản xuất trong nước là do hàng hóa nhập khẩu được trợ cấp gây ra mà không phải các yếu tố khác. Nói cách khác, việc thiết lập mối quan hệ nhân quả giữa thiệt hại của ngành sản xuất trong nước và hàng hóa nhập khẩu bị điều tra không chỉ dựa trên tác động của hàng hóa nhập khẩu đối với ngành sản xuất trong nước mà còn cần tính đến tác động của các yếu tố khác để bảo đảm rằng các yếu tố này không phải là nguyên nhân dẫn đến thiệt hại.

d) Quy trình và thủ tục cơ bản của một vụ điều tra chống trợ cấp:

Trong thời hạn 60 ngày, kể từ ngày nhận được đầy đủ hồ sơ hợp lệ yêu cầu áp dụng biện pháp chống trợ cấp, Bộ trưởng Bộ Công Thương xem xét để ra quyết định khởi xướng điều tra hoặc quyết định không khởi xướng điều tra.

Về cơ bản, trình tự của một vụ điều tra chống trợ cấp được diễn ra như sau[1]:

1. Các mốc thời gian trong bảng này là thời gian tối đa của từng bước trong điều tra áp dụng biện pháp chống trợ cấp, do vậy các bước này trên thực tế có thể được thực hiện sớm hơn.

Trình tự	Ngày thứ
Nộp hồ sơ đầy đủ để yêu cầu điều tra áp dụng biện pháp chống trợ cấp.	0
Bộ trưởng Bộ Công Thương ra quyết định điều tra và Cục Quản lý cạnh tranh ban hành bản câu hỏi cho nhà xuất khẩu nước ngoài, nhà sản xuất trong nước và nhà nhập khẩu.	60 (90 trong trường hợp gia hạn)
Các bên nộp bản trả lời cho Cục Quản lý cạnh tranh.	90 (120 trong trường hợp gia hạn)
Cơ quan điều tra ra kết luận sơ bộ.	150 (210 trong trường hợp gia hạn)[1]
Áp dụng biện pháp chống trợ cấp tạm thời (nếu có) trên cơ sở của kết luận sơ bộ.	Kể từ ngày thứ 120 trở đi[2]
Kết thúc điều tra.	425 (605 trong trường hợp gia hạn)[3]
Công bố kết luận điều tra (essential facts) và cho phép các bên gửi ý kiến bình luận về kết luận điều tra.	455 (640 trong trường hợp gia hạn)[4]
Gửi hồ sơ vụ việc tới Hội đồng xử lý vụ việc chống trợ cấp.	462 (647 trong trường hợp gia hạn)[5]
Hội đồng xử lý vụ việc ra quyết định về các vấn đề: Có hay không tồn tại trợ cấp, có hay không thiệt hại đáng kể và có hay không mối quan hệ nhân quả.	492 (677 trong trường hợp gia hạn)[6]
Bộ trưởng Bộ Công Thương ra quyết định áp dụng thuế chống trợ cấp.	Sau ngày thứ 492 (677 trong trường hợp gia hạn)[7]

1. Khoản 1 Điều 19 Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH.

2. Thuế chống trợ cấp tạm thời có thể áp dụng sớm nhất là sau một trăm hai mươi ngày kể từ ngày cơ quan điều tra nhận được hồ sơ đầy đủ. Tuy nhiên cần lưu ý rằng, thuế chống trợ cấp tạm thời phải dựa trên kết luận sơ bộ, tức là cơ quan điều tra phải đưa ra kết luận sơ bộ sớm hơn thời hạn luật định.

3. Điều 18 Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH.

4. Khoản 1 Điều 3 Nghị định số 89/2005/NĐ-CP.

5. Khoản 3 Điều 31 Nghị định số 89/2005/NĐ-CP.

6. Khoản 1 Điều 37 Nghị định số 89/2005/NĐ-CP.

7. Điều 24 Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH.

Đối với các thông tin bí mật, doanh nghiệp có quyền yêu cầu cơ quan điều tra giữ bí mật thông tin đó một cách hợp lý và khi nhận được yêu cầu bảo mật thông tin từ doanh nghiệp, cơ quan điều tra có trách nhiệm bảo mật thông tin[1]. Trong quá trình điều tra, các bên liên quan có quyền tiếp cận thông tin mà các bên khác đã cung cấp cho cơ quan điều tra, trừ trường hợp các thông tin được các bên yêu cầu bảo mật[2].

- *Quyết định áp dụng biện pháp chống trợ cấp tạm thời:*

Sau 60 ngày, kể từ ngày có quyết định điều tra, căn cứ vào kết luận sơ bộ, Bộ trưởng Bộ Công Thương có thể ra quyết định áp dụng biện pháp chống trợ cấp tạm thời đối với hàng hóa bị điều tra, bao gồm biện pháp áp dụng thuế chống trợ cấp tạm thời hoặc biện pháp cam kết. Thuế chống trợ cấp tạm thời không được vượt quá mức trợ cấp được xác định trong kết luận sơ bộ[3].

Thời hạn áp dụng thuế chống trợ cấp tạm thời không được vượt quá 120 ngày, kể từ ngày có quyết định áp dụng biện pháp này[4]. Thuế chống trợ cấp tạm thời có thể được gia hạn thêm 60 ngày[5].

- *Quyết định cuối cùng và áp dụng thuế chống trợ cấp chính thức:*

Theo Điều 24 Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH, Bộ trưởng Bộ Công Thương căn cứ vào kết luận và kiến nghị cuối cùng của Hội đồng xử lý vụ việc để ra quyết định áp dụng hay không áp dụng biện pháp chống trợ cấp.

Việc áp dụng thuế chống trợ cấp được thực hiện theo những nguyên tắc sau:

+ Thuế chống trợ cấp không được vượt quá mức trợ cấp được xác định trong kết luận cuối cùng. Trong trường hợp biên độ thiệt hại được xác định thấp hơn mức tương ứng của biên độ trợ cấp, thuế chống trợ cấp không được vượt quá biên độ thiệt hại;

---

1. Khoản 1 Điều 17 Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH.
2. Khoản 2 Điều 17 Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH.
3. Điều 22 Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH.
4. Khoản 2 Điều 22 Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH.
5. Điều 22 Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH.

+ Thời hạn áp dụng thuế chống trợ cấp không quá 05 năm, kể từ ngày có quyết định áp dụng thuế chống trợ cấp.

Theo Điều 25 Pháp lệnh số 22/2004/PL-UBTVQH, thuế chống trợ cấp có thể được áp dụng có hiệu lực hồi tố trong hai trường hợp:

+ Trong trường hợp kết luận cuối cùng xác định có thiệt hại đáng kể hoặc đe dọa gây ra thiệt hại đáng kể cho ngành sản xuất trong nước và thuế chống trợ cấp tạm thời đã được áp dụng trước khi có kết luận cuối cùng thì thuế chống trợ cấp được áp dụng có hiệu lực trở về trước;

+ Thuế chống trợ cấp được áp dụng có hiệu lực trở về trước đối với hàng hóa nhập khẩu trong thời hạn 90 ngày trước khi áp dụng biện pháp tạm thời nếu có hai điều kiện: Hàng hóa được trợ cấp và hàng hóa trợ cấp gây ra thiệt hại khó có thể khắc phục cho ngành sản xuất trong nước.

đ) Các công việc mà nguyên đơn, các nhà sản xuất hàng hóa, nhà nhập khẩu phải thực hiện trong vụ điều tra chống trợ cấp và hệ quả đối với việc hợp tác/không hợp tác của các bị đơn/nguyên đơn:

- *Nguyên đơn:*

Tương tự như trong điều tra chống bán phá giá, nguyên đơn trong quá trình điều tra chống trợ cấp là tổ chức, cá nhân đại diện hợp pháp cho ngành sản xuất trong nước nộp hồ sơ yêu cầu áp dụng biện pháp chống trợ cấp đối với hàng hóa nhập khẩu. Vì vậy, các công việc mà nguyên đơn cần thực hiện cũng bao gồm cả giai đoạn tiền khởi xướng điều tra và giai đoạn điều tra. Cụ thể:

+ Giai đoạn tiền khởi xướng:

Tập hợp lực lượng để bảo đảm tư cách khởi kiện của nguyên đơn, bao gồm tỷ lệ 25% và 50% như đã trình bày tại Mục II.2.a trên.

Chuẩn bị và soạn thảo hồ sơ yêu cầu để đệ trình lên cơ quan điều tra. Hồ sơ này phải có thông tin và số liệu làm bằng chứng ban đầu cho cáo buộc của nguyên đơn về việc: Hàng hóa nhập khẩu hưởng trợ cấp, ngành sản xuất trong nước bao gồm nguyên đơn và các nhà sản xuất trong nước khác đang phải gánh chịu thiệt hại đáng kể hoặc bị đe dọa gây thiệt hại đáng kể và mối quan hệ nhân quả giữa hai yếu tố này.

+ Giai đoạn điều tra:

Trả lời các bản câu hỏi của cơ quan điều tra dành cho nhà sản xuất trong nước và cung cấp số liệu và tài liệu làm bằng chứng. Nội dung các bản câu hỏi này phần lớn tập trung vào việc xác định thiệt hại và mối quan hệ nhân quả giữa hàng hóa hưởng trợ cấp và thiệt hại.

Hợp tác và tạo điều kiện để cơ quan điều tra thẩm tra và xác minh tính chính xác của những thông tin đã đệ trình cho cơ quan điều tra.

Tham gia tham vấn công khai để bảo vệ quan điểm của mình trước cơ quan điều tra và các bên liên quan khác.

- *Bị đơn:*

Khác với điều tra chống bán phá giá, bị đơn trong điều tra chống trợ cấp không chỉ bao gồm các nhà sản xuất và xuất khẩu nước ngoài mà còn bao gồm cả chính phủ của các quốc gia này. Công việc quan trọng nhất mà các bị đơn cần thực hiện là chứng minh ít nhất một trong ba điều kiện áp thuế chống trợ cấp không được thỏa mãn. Để đạt được mục tiêu này, vai trò và công việc của các nhà sản xuất và xuất khẩu nước ngoài trong điều tra chống trợ cấp tương tự như trong điều tra chống bán phá giá. Tuy nhiên, trong điều tra chống trợ cấp, không chỉ các doanh nghiệp xuất khẩu mà chính phủ nước ngoài cần hợp tác với cơ quan điều tra.

Ở giai đoạn tiền khởi xướng, chính phủ hoặc cơ quan đại diện chính phủ nước xuất khẩu có thể yêu cầu tham vấn với nước nhập khẩu khi nhận được thông báo từ nước nhập khẩu về việc tiếp nhận hồ sơ yêu cầu điều tra để làm rõ phạm vi và khả năng có thể bị áp dụng biện pháp đối kháng của các chương trình trợ cấp bị cáo buộc, từ đó yêu cầu nước nhập khẩu không khởi xướng điều tra.

Ở giai đoạn điều tra, chính phủ nước xuất khẩu cần thu thập thông tin, số liệu về các chương trình trợ cấp bị cáo buộc nhằm trả lời các bản câu hỏi điều tra và phối hợp với cơ quan điều tra trong quá trình thẩm tra các thông tin này cũng như chuẩn bị các lập luận pháp lý và thực tiễn để phản bác các cáo buộc trợ cấp của nguyên đơn. Nếu chính phủ nước xuất khẩu không tham gia trả lời hoặc không hợp tác trong quá trình

thẩm tra, cơ quan điều tra nước nhập khẩu thông thường sẽ sử dụng các dữ kiện sẵn có để xác định sự tồn tại và tính toán biên độ trợ cấp, các dữ liệu này thường bất lợi nên sẽ làm gia tăng đáng kể biên độ trợ cấp.

Cũng trong giai đoạn điều tra, việc bảo đảm tính thống nhất giữa thông tin và số liệu trả lời của các bị đơn (chính phủ nước xuất khẩu với tư cách là bên trao trợ cấp và các nhà sản xuất/xuất khẩu với tư cách là bên nhận trợ cấp) là rất quan trọng. Vì vậy, các nhà sản xuất/xuất khẩu cần chủ động trao đổi và phối hợp với chính phủ trong quá trình điều tra để bảo đảm tối đa tính tin cậy và thống nhất của các thông tin và số liệu cung cấp cho cơ quan điều tra.

- *Các nhà nhập khẩu:*

Tương tự như trong các vụ kiện chống bán phá giá, nhà nhập khẩu sẽ là bên liên quan chịu thiệt hại nặng nhất trong trường hợp áp thuế chống trợ cấp bởi họ là bên trực tiếp nộp thuế chống trợ cấp. Do vậy, nhà nhập khẩu cũng cần phải trả lời các bản câu hỏi do cơ quan điều tra ban hành, hợp tác với cơ quan điều tra trong quá trình thẩm tra và xác minh thông tin, chủ động cung cấp thông tin và số liệu cho cơ quan điều tra và tham gia điều trần để bảo vệ quan điểm của mình.

3. Biện pháp tự vệ

Nếu biện pháp chống bán phá giá và chống trợ cấp được áp dụng để giải quyết vấn đề cạnh tranh không lành mạnh (do hành vi phá giá hoặc được hưởng trợ cấp) của hàng hóa nhập khẩu thì biện pháp tự vệ được áp dụng trong trường hợp khẩn cấp cần bảo vệ ngành sản xuất trong nước khỏi thiệt hại nghiêm trọng trước việc hàng hóa nhập khẩu tăng đột biến. Việc áp dụng biện pháp tự vệ hoàn toàn không liên quan tới vấn đề cạnh tranh lành mạnh hay không lành mạnh của hàng hóa nhập khẩu.

Liên quan đến việc điều tra và áp dụng biện pháp tự vệ đối với hàng hóa nhập khẩu, Luật sư cần nắm những vấn đề cơ bản sau:

- Điều kiện để khởi xướng điều tra và áp dụng biện pháp tự vệ;

- Xác định lượng hàng nhập khẩu tăng đột biến;

- Xác định thiệt hại nghiêm trọng/đe dọa gây thiệt hại nghiêm trọng đối với ngành sản xuất trong nước do gia tăng hàng hóa nhập khẩu gây ra;

- Quy trình và thủ tục liên quan đến việc điều tra và áp dụng biện pháp tự vệ;

- Các công việc mà nguyên đơn, nhà nhập khẩu phải thực hiện trong vụ điều tra tự vệ.

a) Điều kiện để khởi xướng điều tra và áp dụng biện pháp tự vệ:

- *Điều kiện khởi xướng điều tra:*

Một vụ điều tra áp dụng biện pháp tự vệ có thể được khởi xướng dựa trên yêu cầu của ngành sản xuất trong nước hoặc theo quyết định của Bộ trưởng Bộ Công Thương khi có bằng chứng rõ ràng về sự cần thiết phải áp dụng biện pháp tự vệ.

Trường hợp 1: Khởi xướng điều tra theo yêu cầu của đại diện ngành sản xuất trong nước:

Để có thể nộp hồ sơ yêu cầu áp dụng biện pháp tự vệ, theo Điều 10 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH, nguyên đơn hoặc bên yêu cầu cần phải thỏa mãn các điều kiện sau:

+ Toàn bộ hàng hóa do tổ chức, cá nhân đó sản xuất chiếm ít nhất 25% sản lượng hàng hóa tương tự hoặc hàng hóa cạnh tranh trực tiếp được sản xuất trong nước;

+ Khối lượng, số lượng hoặc trị giá của hàng hóa tương tự sản xuất bởi các nhà sản xuất trong nước ủng hộ việc nộp hồ sơ yêu cầu áp dụng biện pháp chống trợ cấp phải lớn hơn khối lượng, số lượng hoặc trị giá hàng hóa tương tự của các nhà sản xuất trong nước phản đối yêu cầu áp dụng biện pháp chống trợ cấp;

+ Hồ sơ yêu cầu hợp lệ của đại diện ngành sản xuất trong nước nộp cho cơ quan điều tra cho thấy có dấu hiệu của việc nhập khẩu hàng hóa quá mức là nguyên nhân gây ra hoặc đe dọa gây ra thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất trong nước.

Trường hợp 2: Tự khởi xướng điều tra (không có đơn yêu cầu của đại diện ngành sản xuất trong nước:

Bộ trưởng Bộ Công Thương có thể tự ra quyết định khởi xướng điều tra (mà không cần có đơn yêu cầu) khi có bằng chứng rõ ràng về việc hàng hóa nhập khẩu quá mức tại thị trường trong nước gây ra hoặc đe dọa gây ra thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất trong nước[1].

- *Điều kiện áp dụng biện pháp tự vệ:*

Theo khoản 1 Điều 6 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH, để áp dụng được biện pháp tự vệ, các điều kiện sau cần phải được thỏa mãn:

+ Khối lượng, số lượng hoặc trị giá hàng hóa nhập khẩu gia tăng đột biến một cách tuyệt đối hoặc tương đối so với khối lượng, số lượng hoặc trị giá của hàng hóa tương tự hoặc hàng hóa cạnh tranh trực tiếp được sản xuất trong nước. Việc hàng hóa nhập khẩu gia tăng đột biến là hệ quả của diễn tiến không lường trước được (unforeseen development)[2];

+ Việc gia tăng khối lượng, số lượng hoặc trị giá hàng hóa nhập khẩu nêu tại điểm trên gây ra hoặc đe doạ gây ra thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất hàng hóa tương tự hoặc hàng hóa cạnh tranh trực tiếp trong nước.

Điều 5 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH và khoản 1 Điều 5 Hiệp định SG đưa ra một số nguyên tắc khi áp dụng biện pháp tự vệ, bao gồm:

+ Biện pháp tự vệ chỉ được áp dụng trong phạm vi và mức độ cần thiết nhằm ngăn ngừa hoặc hạn chế thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất trong nước và tạo điều kiện để ngành sản xuất đó nâng cao khả năng cạnh tranh[3];

+ Việc áp dụng biện pháp tự vệ phải căn cứ vào kết quả điều tra, trừ trường hợp áp dụng biện pháp tự vệ tạm thời[4]. Theo đó, căn cứ

1. Khoản 2 Điều 10 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH.
2. Điểm a khoản 1 Điều XIX Hiệp định GATT 1994.
3. Khoản 1 Điều 5 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH.
4. Khoản 2 Điều 5 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH.

khoản 1 Điều 3 Hiệp định SG, một nước thành viên chỉ được áp dụng biện pháp tự vệ khi cơ quan điều tra có thẩm quyền nước đó đã tiến hành điều tra theo thủ tục và công bố phù hợp với Điều X của Hiệp định GATT 1994;

+ Biện pháp tự vệ được áp dụng trên cơ sở không phân biệt đối xử và không phụ thuộc vào xuất xứ hàng hóa. Khác với việc áp dụng thuế chống bán phá giá và thuế chống trợ cấp, biện pháp tự vệ được áp dụng với tất cả hàng hóa nhập khẩu không phân biệt xuất xứ[1]. Tuy nhiên, biện pháp tự vệ sẽ không được áp dụng đối với hàng hóa nhập khẩu có xuất xứ từ một nước đang phát triển nếu lượng hàng hóa nhập khẩu của nước đó vào Việt Nam không vượt quá 3% tổng lượng hàng hóa nhập khẩu và tổng lượng hàng hóa nhập khẩu từ tất cả các nước đang phát triển không vượt quá 9%[2].

b) Xác định lượng hàng nhập khẩu tăng đột biến:

Theo khoản 1 Điều 6 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH và khoản 1 Điều 8 Nghị định số 150/2003/NĐ-CP ngày 8 tháng 12 năm 2003 hướng dẫn Pháp lệnh về tự vệ trong nhập khẩu hàng hóa nước ngoài vào Việt Nam (sau đây gọi tắt là Nghị định số 150/2003/NĐ-CP), khi xác định sự gia tăng lượng hàng nhập khẩu, cơ quan điều tra cần xác định hai yếu tố sau:

- Khối lượng hàng nhập khẩu tăng một cách tuyệt đối hoặc tương đối so với lượng hàng hóa tương tự hoặc cạnh tranh trực tiếp trong nước;

- Việc gia tăng của hàng nhập khẩu, theo Điều XIX Hiệp định GATT 1994, là hệ quả của những diễn tiến không lường trước được (unforeseen developments).

c) Xác định thiệt hại nghiêm trọng hoặc đe dọa gây thiệt hại nghiêm trọng và mối quan hệ nhân quả giữa việc nhập khẩu hàng hóa quá mức và thiệt hại nghiêm trọng/đe dọa gây thiệt hại nghiêm trọng:

Để có thể áp dụng biện pháp tự vệ, ngoài việc xác định tồn tại

---

1. Khoản 3 Điều 5 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH.
2. Điều 13 Nghị định số 150/2003/NĐ-CP.

khối lượng, số lượng, hoặc giá trị hàng hóa nhập khẩu gia tăng đột biến, cơ quan điều tra còn phải xác định: Ngành sản xuất trong nước của hàng hóa tương tự chịu thiệt hại nghiêm trọng hoặc bị đe dọa gây ra thiệt hại nghiêm trọng và có tồn tại mối quan hệ nhân quả giữa việc hàng nhập khẩu tăng đột biến và thiệt hại nghiêm trọng/đe dọa gây thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất trong nước.

- Xác định thiệt hại nghiêm trọng hoặc đe dọa gây thiệt hại nghiêm trọng:

Để xác định thiệt hại nghiêm trọng/đe dọa gây thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất trong nước, theo Điều 8 Nghị định số 150/2003/NĐ-CP và khoản 2 Điều 4 Hiệp định SG, cơ quan điều tra cần phải chứng minh các vấn đề sau:

+ Tỷ lệ và mức tăng đột biến (tương đối hoặc tuyệt đối) của hàng hóa bị điều tra so với hàng hóa tương tự hay hàng hóa cạnh tranh trực tiếp của ngành sản xuất trong nước;

+ Tác động của việc gia tăng nhập khẩu của hàng hóa bị điều tra đến thị phần trong nước;

+ Mức giá của hàng hóa bị điều tra so với giá của hàng hóa tương tự hay hàng hóa cạnh tranh trực tiếp của ngành sản xuất trong nước;

+ Tác động của việc gia tăng nhập khẩu hàng hóa bị điều tra đến ngành sản xuất trong nước thông qua các yếu tố, như: Sản lượng, hệ số sử dụng công suất sản xuất, mức tiêu thụ, thị phần, mức giá, năng suất lao động, mức lãi hoặc lỗ, tỷ lệ người có việc làm, thu nhập và các yếu tố khác gây ra hoặc có nguy cơ gây ra thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất trong nước;

+ Mức tồn kho, tiềm năng, khả năng xuất khẩu thực tế, khả năng gia tăng xuất khẩu loại hàng hóa thuộc đối tượng điều tra của một nước hay các nước xuất khẩu;

+ Các yếu tố liên quan khác cần thiết cho việc điều tra.

Đối với "*nguy cơ gây ra thiệt hại nghiêm trọng*", ngoài các yêu cầu

nêu trên, theo khoản 1 Điều 4 Hiệp định SG, việc xác định nguy cơ này phải dựa trên cơ sở thực tế chứ không phải là phỏng đoán, viện dẫn hoặc khả năng không rõ ràng. Tuy nhiên, hiện nay chưa có quy định nào của pháp luật Việt Nam quy định rõ về các yếu tố để xác định nguy cơ gây ra thiệt hại nghiêm trọng để áp dụng biện pháp tự vệ.

- *Mối quan hệ nhân quả giữa lượng nhập khẩu tăng đột biến và thiệt hại nghiêm trọng/đe dọa gây thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất trong nước:*

Khoản 3 Điều 16 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH quy định rằng cơ quan điều tra phải xem xét mối quan hệ giữa việc gia tăng hàng hóa nhập khẩu với thiệt hại nghiêm trọng hoặc nguy cơ gây ra thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất trong nước. Tuy nhiên, Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH và Nghị định số 150/2003/NĐ-CP không quy định chi tiết về các yếu tố hoặc tiêu chí cần phân tích khi xem xét mối quan hệ này.

Theo khoản 2 Điều 4 Hiệp định SG, để chứng minh được mối quan hệ nhân quả giữa lượng nhập khẩu tăng đột biến và thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất trong nước, trước tiên, cơ quan điều tra phải làm rõ thiệt hại nghiêm trọng/đe dọa gây thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất trong nước có thể do những yếu tố nào gây nên. Hay nói cách khác, ngoài yếu tố lượng hàng nhập khẩu tăng đột biến, cơ quan điều tra phải làm rõ còn yếu tố nào khác gây ra thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất trong nước hay không.

d) Quy trình và thủ tục cơ bản của một vụ điều tra tự vệ:

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được đầy đủ hồ sơ hợp lệ, Bộ trưởng Bộ Công Thương ra quyết định điều tra.

Về cơ bản, trình tự của một vụ điều tra tự vệ được diễn ra như sau[1]:

1. Các mốc thời gian trong bảng này là thời gian tối đa của từng bước trong điều tra áp dụng biện pháp tự vệ, do vậy trên thực tế, các bước này có thể được thực hiện sớm hơn.

Thủ tục	Ngày thứ
Nộp hồ sơ hợp lệ	0
Bộ trưởng Bộ Công Thương ra quyết định điều tra	30[1]
Áp dụng biện pháp tự vệ tạm thời	Trước ngày thứ 210[2]
Kết thúc điều tra	210 (270 trong trường hợp được gia hạn)[3]
Công bố kết luận điều tra	Sau ngày 210 (270 trong trường hợp gia hạn)[4]
Bộ trưởng Bộ Công Thương ra quyết định áp dụng hoặc không áp dụng biện pháp tự vệ	Sau ngày 210 (270 trong trường hợp gia hạn)[5]

- *Biện pháp tự vệ tạm thời:*

Theo khoản 1 Điều 20 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH, Bộ trưởng Bộ Công Thương có thể ra quyết định áp dụng biện pháp tự vệ tạm thời trước khi kết thúc điều tra nếu xét thấy việc chậm thi hành biện pháp tự vệ gây ra hoặc đe dọa gây ra thiệt hại cho ngành sản xuất trong nước.

Khác với biện pháp tự vệ cuối cùng (bao gồm thuế nhập khẩu, hạn ngạch và biện pháp khác), biện pháp tự vệ tạm thời chỉ được áp dụng dưới hình thức thuế nhập khẩu theo quy định của pháp luật về thuế xuất - nhập khẩu.

Trong mọi trường hợp, biện pháp tự vệ được áp dụng không vượt quá 200 ngày.

- *Áp dụng biện pháp tự vệ:*

Theo Điều 21 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH, việc áp dụng biện pháp tự vệ được tiến hành trên cơ sở quyết định đã có hiệu lực của Bộ Công Thương.

1. Khoản 2 Điều 12 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH.
2. Khoản 1 Điều 20 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH.
3. Khoản 1 Điều 18 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH.
4. Khoản 2 Điều 18 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH.
5. Khoản 1 Điều 19 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH.

- *Áp dụng biện pháp tự vệ đối với hàng hóa từ các nước đang phát triển:*

Theo khoản 2 Điều 21 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH, biện pháp tự vệ có thể không được áp dụng đối với hàng hóa có xuất xứ từ các nước đang phát triển. Theo đó, biện pháp tự vệ đối với hàng hóa từ các nước đang phát triển được xem xét áp dụng như nội dung tại Mục II.3.a ở trên.

Ngoài ra, để xác định một quốc gia có phải là quốc gia đang phát triển hay không, cơ quan điều tra cần phải căn cứ theo danh sách quốc gia đang phát triển mà Liên hợp quốc ban hành. Danh sách này được Liên hợp quốc ban hành ba năm một lần[1].

- *Thời hạn áp dụng biện pháp tự vệ:*

Theo khoản 1 Điều 22 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH, biện pháp tự vệ được áp dụng không quá 04 năm, thời gian này bao gồm cả thời gian áp dụng biện pháp tự vệ tạm thời. Thời gian áp dụng có thể được gia hạn nhưng không quá sáu năm tiếp theo.

- *Rà soát/gia hạn và tái áp dụng biện pháp tự vệ:*

Theo Điều 24 Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH, Bộ Công Thương phải tiến hành rà soát biện pháp tự vệ trước một nửa thời gian áp dụng biện pháp tự vệ trong trường hợp thời gian áp dụng biện pháp tự vệ vượt quá ba năm.

Trình tự, thủ tục việc rà soát phải phù hợp với thủ tục điều tra áp dụng biện pháp tự vệ được quy định tại Chương II Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH. Kết thúc việc rà soát, Bộ Công Thương đưa ra một trong các quyết định sau:

+ Duy trì biện pháp tự vệ đang được áp dụng;

+ Giảm nhẹ mức độ áp dụng các biện pháp đó;

+ Đình chỉ biện pháp tự vệ đang được áp dụng.

đ) Các công việc mà nguyên đơn, nhà nhập khẩu phải thực hiện trong vụ điều tra tự vệ:

- *Nguyên đơn:*

Trong điều tra tự vệ, tương tự như điều tra chống bán phá giá và

1. Khoản 3 Điều 13 Nghị định số 150/2003/NĐ-CP.

điều tra chống trợ cấp, nguyên đơn là bên nộp hồ sơ yêu cầu áp dụng biện pháp tự vệ đến cơ quan điều tra. Vì vậy, nguyên đơn cũng cần thực hiện các công việc tương tự như điều tra chống phá giá và điều tra chống trợ cấp trong giai đoạn tiền khởi xướng điều tra và giai đoạn điều tra. Cụ thể:

+ Giai đoạn tiền khởi xướng:

Tập hợp lực lượng để bảo đảm tư cách khởi kiện của nguyên đơn, bao gồm tỷ lệ 25% và 50% như đã trình bày tại Mục II.3.a ở trên.

Chuẩn bị và soạn thảo hồ sơ yêu cầu để đệ trình lên cơ quan điều tra. Hồ sơ yêu cầu cần có thông tin và số liệu làm bằng chứng ban đầu cho cáo buộc của nguyên đơn về việc: Hàng hóa nhập khẩu tăng quá mức, ngành sản xuất trong nước bao gồm nguyên đơn và các nhà sản xuất trong nước khác đang phải gánh chịu thiệt hại nghiêm trọng hoặc bị đe dọa gây thiệt hại nghiêm trọng và mối quan hệ nhân quả giữa hai yếu tố này.

+ Giai đoạn điều tra:

Trả lời các bản câu hỏi của cơ quan điều tra dành cho nhà sản xuất trong nước và cung cấp số liệu và tài liệu làm bằng chứng. Nội dung các bản câu hỏi này phần lớn tập trung vào việc xác định thiệt hại và mối quan hệ nhân quả giữa hàng hóa nhập khẩu quá mức và thiệt hại nghiêm trọng.

Chủ động thu thập thông tin, số liệu và chuẩn bị lập luận về các vấn đề của vụ việc như xác định hàng hóa bị nhập khẩu quá mức, xác định thiệt hại, mối quan hệ nhân quả, v.v..

Hợp tác và tạo điều kiện để cơ quan điều tra thẩm tra và xác minh tính chính xác của những thông tin đã đệ trình cho cơ quan điều tra.

Tham gia tham vấn công khai để bảo vệ quan điểm của mình trước cơ quan điều tra và các bên liên quan khác.

- *Bị đơn:*

Khác với điều tra chống phá giá và chống trợ cấp, điều tra tự vệ không yêu cầu xác định hành vi cạnh tranh không lành mạnh của hàng hóa nhập khẩu. Vì vậy, trên thực tế, cơ quan điều tra không tiến hành

điều tra hành vi của các nhà xuất khẩu liên quan. Nói cách khác, không có bị đơn trong các vụ điều tra này.

Thông thường, cơ quan điều tra cũng không ban hành bản câu hỏi để yêu cầu nhà sản xuất và xuất khẩu nước ngoài phải trả lời hoặc không thẩm tra các số liệu và thông tin mà họ đệ trình. Tuy nhiên, các nhà sản xuất và xuất khẩu nước ngoài có lợi ích trực tiếp bị ảnh hưởng bởi việc điều tra và áp dụng biện pháp tự vệ nên cần chủ động và tích cực thu thập thông tin, số liệu để chứng minh rằng điều kiện để áp dụng biện pháp tự vệ không được thỏa mãn.

Các nhà xuất khẩu có thể (nhưng không bắt buộc) thực hiện các công việc sau:

+ Đăng ký tư cách bên liên quan để có thể nhận được các thông tin của vụ việc cũng như đệ trình và bày tỏ quan điểm với cơ quan điều tra;

+ Chủ động thu thập thông tin, số liệu và chuẩn bị các lập luận để phủ định sự gia tăng quá mức của hàng hóa nhập khẩu, sự tồn tại của thiệt hại nghiêm trọng đối với ngành sản xuất trong nước hoặc mối quan hệ nhân quả giữa hai yếu tố này;

+ Tham gia tham vấn công khai để bảo vệ quan điểm của mình trước cơ quan điều tra và các bên liên quan khác.

- *Các nhà nhập khẩu:*

Các nhà nhập khẩu sẽ phải trả lời các bản câu hỏi do cơ quan điều tra ban hành, hợp tác với cơ quan điều tra trong quá trình thẩm tra và xác minh thông tin, chủ động cung cấp thông tin và số liệu cho cơ quan điều tra và tham gia điều trần để bảo vệ quan điểm của mình.

4. Điều tra chống lẩn tránh các quyết định áp thuế chống bán phá giá, thuế chống trợ cấp, thuế tự vệ

Khi một biện pháp phòng vệ thương mại được áp dụng đối với hàng hóa nhập khẩu từ một hoặc một số quốc gia, lượng hàng nhập khẩu từ quốc gia/các quốc gia đó sẽ giảm và có thể bị thay thế bởi hàng hóa tương tự từ các nước khác không bị áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại.

Trong nhiều trường hợp, việc gia tăng hàng nhập khẩu từ các nước chưa bị áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại có thể là do một số nhà xuất khẩu bị áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại chuyển hàng hóa của mình sang quốc gia khác để xuất khẩu vào nước áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại. Các hàng hóa này có thể được hoàn thiện hoặc gia công ở quốc gia khác trước khi xuất khẩu vào quốc gia đã áp dụng các biện pháp phòng vệ thương mại nhằm lẩn tránh các quyết định áp dụng biện pháp phòng vệ thương mại. Ví dụ, sau khi Việt Nam áp thuế chống bán phá giá đối với ống thép nhập khẩu từ Trung Quốc, các nhà sản xuất Trung Quốc đã thành lập cơ sở sản xuất mới ở Myanma để gia công, hoàn thiện ống thép bán thành phẩm từ Trung Quốc để xuất vào Việt Nam. Trong trường hợp này, các doanh nghiệp tham gia sản xuất hàng, bán ống thép tại Myanma bán sang Việt Nam có thể bị cơ quan điều tra tại Việt Nam tiến hành điều tra chống lẩn tránh thuế chống bán phá giá áp dụng cho ống thép từ Trung Quốc. Nếu kết luận có xảy ra lẩn tránh thuế, cơ quan điều tra có thể áp dụng thuế suất thuế chống bán phá giá cho ống thép từ Myanma theo mức thuế chống bán phá giá áp dụng cho ống thép của Trung Quốc.

Hiện tại, hệ thống pháp luật của Việt Nam chưa có quy định về vấn đề chống lẩn tránh các biện pháp phòng vệ thương mại. Các quy định về chống lẩn tránh các biện pháp phòng vệ thương mại hiện đã được xây dựng tại Luật quản lý ngoại thương năm 2017 (có hiệu lực từ ngày 01-01-2018). Do vậy, tại thời điểm này, Việt Nam có thể sẽ gặp khó khăn nếu như các nhà sản xuất, xuất khẩu nước ngoài tiến hành chuyển đổi sản phẩm ở một quốc gia khác rồi xuất khẩu sang Việt Nam để lẩn tránh thuế.

Liên quan đến vấn đề chống lẩn tránh thuế, gần đây Việt Nam đã bị một số quốc gia trên thế giới khởi xướng điều tra chống lẩn tránh thuế, ví dụ như Thổ Nhĩ Kỳ đã điều tra chống lẩn tránh thuế chống bán phá giá áp dụng cho sản phẩm thép hộp không gỉ từ Trung Quốc (năm 2015), Mỹ điều tra chống lẩn tránh thuế chống bán phá giá áp dụng cho sản phẩm thép cán nguội và thép mạ (năm 2016).

Ngày 12 tháng 6 năm 2017, Quốc hội khóa XIV, kỳ họp thứ 3 chính thức thông qua Luật quản lý ngoại thương với 8 Chương 113 Điều quy định về biện pháp quản lý ngoại thương, phát triển ngoại thương. Luật này sẽ có hiệu lực kể từ ngày 01 tháng 01 năm 2018.

Các biện pháp phòng vệ thương mại được quy định tại Chương IV của luật này. Về cơ bản, nội dung các quy định này tiếp tục được kế thừa từ các quy định trong Pháp lệnh chống bán phá giá, chống trợ cấp, và tự vệ.

Ngoài quy định về 3 biện pháp trên, Luật quản lý ngoại thương bổ sung thêm quy định về chống lẩn tránh biện pháp phòng vệ thương mại tại Điều 72.

Theo Nghị định 98/2017/NĐ-CP về quy định chức năng nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Công Thương ngày 18 tháng 8 năm 2017, Cục Phòng vệ Thương mại được tách ra từ Cục Quản lý cạnh tranh sẽ chịu trách nhiệm trong công tác điều tra và kháng kiện các vụ việc phòng vệ thương mại.

PHỤ LỤC

Bảng 1
SO SÁNH GIỮA CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN, CÔNG TY CỔ PHẦN KHÔNG LÀ CÔNG TY ĐẠI CHÚNG VÀ CÔNG TY ĐẠI CHÚNG

<table>
<tr><th></th><th>Công ty trách nhiệm hữu hạn</th><th>Công ty cổ phần</th><th>Công ty đại chúng</th></tr>
<tr><td rowspan="2">Thủ tục, chi phí thành lập và duy trì công ty</td><td colspan="2">Không có sự khác biệt đáng kể về thủ tục và chi phí thành lập giữa công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần không phải là công ty đại chúng (vì điều lệ đơn giản và không bắt buộc phải có các quy chế nội bộ như công ty đại chúng).</td><td>Việc thành lập dưới hình thức công ty cổ phần chuyển đổi thành công ty đại chúng mất nhiều thời gian và chi phí hơn vì quy trình và thủ tục đăng ký công ty đại chúng với Ủy ban Chứng khoán nhà nước phức tạp (điều lệ và các quy chế nội bộ của công ty đại chúng phức tạp hơn so với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần thông thường).</td></tr>
<tr><td>Chi phí quản lý công ty trách nhiệm hữu hạn không đáng kể so với công ty cổ phần không phải là công ty đại chúng vì có cơ cấu tổ chức quản lý đơn giản hơn.</td><td>Chi phí quản lý công ty cổ phần nhiều hơn so với công ty trách nhiệm hữu hạn vì cơ cấu tổ chức quản lý công ty cổ phần hơi phức tạp hơn. Nếu công ty cổ phần có nhiều cổ đông, chi phí tổ chức Đại hội đồng cổ đông hằng năm cũng đáng kể.</td><td>Chi phí quản lý công ty đại chúng nhiều hơn công ty cổ phần không phải là công ty đại chúng vì có cơ cấu tổ chức quản lý phức tạp hơn và thường có nhiều cổ đông hơn. Ngoài ra, chi phí để đáp ứng yêu cầu về lập báo cáo tài chính và công bố thông tin cũng tương đối đáng kể.</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td>Tư cách pháp nhân và trách nhiệm của chủ sở hữu công ty</td><td colspan="3">Công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần (không phải là công ty đại chúng) và công ty đại chúng đều là pháp nhân. Thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn và cổ đông công ty cổ phần chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn đối với phần vốn góp và cổ phần đã góp đủ.</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Số lượng chủ sở hữu công ty và tên công ty</td><td>Tối đa không quá năm mươi thành viên. Thành viên tham gia quản lý công ty và dễ kiểm soát công ty trách nhiệm hữu hạn trong trường hợp công ty trách nhiệm hữu hạn có ít thành viên.</td><td>Tối thiểu phải có ít nhất ba cổ đông. Không có giới hạn về số cổ đông tối đa. Cổ đông khó kiểm soát công ty khi có nhiều cổ đông.</td><td>Thường có trên một trăm cổ đông. Không có giới hạn tối đa về số cổ đông. Cổ đông khó kiểm soát công ty khi có nhiều cổ đông.</td></tr>
<tr><td colspan="3">Tên công ty không nhất thiết phải mang tên cổ đông hoặc chủ sở hữu.</td></tr>
<tr><td>Cơ cấu tổ chức quản lý</td><td>Cơ cấu quản lý công ty tương đối đơn giản, đặc biệt là trong trường hợp công ty trách nhiệm hữu hạn có ít thành viên. Chủ sở hữu có quyền kiểm soát mọi hoạt động điều hành trong trường hợp công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên.</td><td>Cơ cấu quản lý phức tạp hơn so với công ty trách nhiệm hữu hạn. Sự tồn tại của Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát làm tách biệt vai trò của chủ sở hữu và người quản lý công ty.</td><td>Cơ cấu quản lý phức tạp nhất. Cần có thành viên Hội đồng quản trị độc lập và không điều hành. Thành viên Ban kiểm soát cần đáp ứng tiêu chuẩn độc lập và yêu cầu về chuyên môn. Điều lệ và các quy chế nội bộ cần được soạn thảo để thể hiện các yêu cầu đặc thù về cơ cấu quản lý này.</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Khả năng chuyển nhượng và bán doanh nghiệp</td><td>Thành viên phải ưu tiên chuyển nhượng phần vốn góp của cho các thành viên còn lại trước khi chuyển nhượng cho bên thứ ba.</td><td>Cổ đông được tự do chuyển nhượng cổ phần trừ cổ phần của cổ đông sáng lập bị hạn chế chuyển nhượng trong 3 năm đầu và cổ phần ưu đãi biểu quyết.</td><td>Cổ đông được tự do chuyển nhượng cổ phần trừ cổ phần của cổ đông sáng lập (trong trường hợp lựa chọn có cổ đông sáng lập khi công ty chuyển đổi) bị hạn chế chuyển nhượng trong 3 năm đầu và cổ phần ưu đãi biểu quyết.</td></tr>
<tr><td colspan="3">Hoạt động của công ty không bị gián đoạn do thành viên hoặc cổ đông chuyển nhượng phần vốn góp hoặc cổ phần.</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td rowspan="3">Khả năng huy động vốn</td><td colspan="3">Công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần không phải là công ty đại chúng và công ty đại chúng đều được phép vay vốn ngân hàng.</td></tr>
<tr><td>Công ty trách nhiệm hữu hạn được phép phát hành trái phiếu thường, không có đặc tính chuyển đổi thành phần vốn góp.</td><td colspan="2">Công ty cổ phần không phải là công ty đại chúng và công ty đại chúng được phép phát hành bất kỳ loại trái phiếu nào (bao gồm cả trái phiếu chuyển đổi).</td></tr>
<tr><td>Công ty trách nhiệm hữu hạn không được phép phát hành cổ phiếu.
Không có cơ sở pháp lý rõ ràng cho phép công ty trách nhiệm hữu hạn được phép phát hành các loại chứng khoán khác.</td><td colspan="2">Công ty cổ phần không phải là công ty đại chúng và công ty đại chúng được phép phát hành cổ phiếu.
Công ty cổ phần không phải là công ty đại chúng và công ty đại chúng được phép phát hành các loại chứng khoán khác.</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Nghĩa vụ công bố thông tin</td><td colspan="2">Công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần không phải là công ty đại chúng chủ yếu chỉ có nghĩa vụ nộp một số báo cáo định kỳ về hoạt động cho cơ quan cấp phép là Sở Kế hoạch và Đầu tư, cơ quan thuế, cơ quan lao động và cơ quan thống kê.</td><td>Công ty đại chúng có nghĩa vụ nộp một số báo cáo định kỳ về hoạt động cho cơ quan cấp phép là Sở Kế hoạch và Đầu tư, cơ quan thuế, cơ quan lao động và cơ quan thống kê.</td></tr>
<tr><td colspan="3">Phải thông báo thay đổi thông tin đăng ký doanh nghiệp khi có sự thay đổi.</td></tr>
<tr><td colspan="2">Công ty trách nhiệm hữu hạn và thành viên, công ty cổ phần không phải là công ty đại chúng và cổ đông không có nghĩa vụ công bố thông tin hoặc có nghĩa vụ công bố thông tin không đáng kể cho công chúng.</td><td>Công ty đại chúng và cổ đông có nghĩa vụ công bố thông tin đáng kể cho công chúng và, nếu là công ty niêm yết, cho Sở Giao dịch chứng khoán nơi công ty đại chúng niêm yết.</td></tr>
<tr><td>Thuế thu nhập doanh nghiệp</td><td colspan="3">Giống nhau, không có sự phân biệt về thuế suất thuế thu nhập doanh nghiệp giữa công ty trách nhiệm hữu hạn với công ty cổ phần không phải là công ty đại chúng và công ty đại chúng.</td></tr>
</table>

Bảng 2

CÁC ĐỐI TƯỢNG KHÔNG ĐƯỢC PHÉP THÀNH LẬP VÀ QUẢN LÝ DOANH NGHIỆP

1	Cơ quan nhà nước hoặc đơn vị vũ trang sử dụng tài sản nhà nước để thành lập doanh nghiệp kinh doanh thu lợi riêng cho cơ quan hoặc đơn vị mình;
2	Tổ chức không có tư cách pháp nhân;
3	Cán bộ, công chức hoặc viên chức nhà nước;
4	Sĩ quan, hạ sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp hoặc công nhân, viên chức quốc phòng trong các cơ quan hoặc đơn vị quân đội; sĩ quan hoặc hạ sĩ quan chuyên nghiệp trong các cơ quan hoặc đơn vị công an, trừ những người được cử làm đại diện theo ủy quyền để quản lý phần vốn góp của Nhà nước tại doanh nghiệp;
5	Cán bộ lãnh đạo hoặc quản lý nghiệp vụ trong các doanh nghiệp nhà nước, trừ những người được cử làm đại diện theo ủy quyền để quản lý phần vốn góp của Nhà nước tại doanh nghiệp khác;
6	Người chưa thành niên; người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc bị mất năng lực hành vi dân sự;
7	Người đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự, chấp hành hình phạt tù, quyết định xử lý hành chính tại cơ sở cai nghiện bắt buộc, cơ sở giáo dục bắt buộc hoặc đang bị cấm hành nghề kinh doanh, đảm nhiệm chức vụ hoặc làm công việc nhất định, liên quan đến kinh doanh theo quyết định của Tòa án;
8	Các trường hợp khác theo quy định của pháp luật về phá sản, bao gồm: - Người giữ chức vụ (Tổng) Giám đốc, chủ tịch và các thành viên Hội đồng quản trị của doanh nghiệp nhà nước bị tuyên bố phá sản không được đảm đương các chức vụ đó ở bất kỳ doanh nghiệp nhà nước nào; - Người được giao đại diện phần vốn góp của Nhà nước ở doanh nghiệp mà doanh nghiệp đó bị tuyên bố phá sản không được đảm đương các chức vụ quản lý ở bất kỳ doanh nghiệp nào có vốn của Nhà nước; - Người giữ chức vụ quản lý của doanh nghiệp hoặc hợp tác xã bị tuyên bố phá sản có thể bị thẩm phán quyết định không được quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp hoặc hợp tác xã trong thời hạn 3 năm kể từ ngày Tòa án có quyết định tuyên bố phá sản khi cố ý vi phạm quy định tại một số điều của Luật phá sản năm 2014, bao gồm:

	+ Khoản 1 Điều 18 Luật phá sản năm 2014 (về nghĩa vụ của người tham gia thủ tục phá sản thực hiện yêu cầu của thẩm phán, quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản và cơ quan thi hành án dân sự); + Khoản 5 Điều 28 Luật phá sản năm 2014 (về nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật, chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh của công ty hợp danh, chủ sở hữu hoặc chủ tịch Hội đồng thành viên của Công ty trách nhiệm hữu hạn và chủ tịch Hội đồng quản trị của công ty cổ phần nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi doanh nghiệp mất khả năng thanh toán); và + Khoản 1 Điều 48 Luật phá sản năm 2014 (về nghĩa vụ doanh nghiệp không được thực hiện các giao dịch tẩu tán tài sản sau khi có quyết định mở thủ tục phá sản).
9	Các trường hợp khác theo quy định của pháp luật về phòng chống tham nhũng, bao gồm: - Cán bộ, công chức và viên chức không được thành lập, tham gia thành lập hoặc tham gia quản lý doanh nghiệp, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác; - Cán bộ, công chức và viên chức không được kinh doanh trong lĩnh vực mà trước đây mình có trách nhiệm quản lý sau khi thôi giữ chức vụ trong một thời hạn nhất định theo quy định của Chính phủ; - Người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan, vợ hoặc chồng của những người đó không được góp vốn vào doanh nghiệp hoạt động trong phạm vi ngành nghề mà người đó trực tiếp thực hiện việc quản lý nhà nước; - Người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị không được bố trí vợ hoặc chồng, bố, mẹ, con, anh, chị, em ruột của mình giữ chức vụ quản lý về tổ chức nhân sự, kế toán - tài vụ, làm thủ quỹ, thủ kho trong cơ quan, tổ chức, đơn vị hoặc giao dịch, mua bán vật tư, hàng hóa, ký kết hợp đồng cho cơ quan, tổ chức, đơn vị đó; - Người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan không được để vợ hoặc chồng, bố, mẹ, con kinh doanh trong phạm vi do mình quản lý trực tiếp.

Bảng 3

HÌNH THỨC GIAO ĐẤT, CHO THUÊ ĐẤT THEO TỪNG ĐỐI TƯỢNG NGƯỜI SỬ DỤNG ĐẤT VÀ MỤC ĐÍCH SỬ DỤNG ĐẤT

<table>
<tr><th rowspan="2">Người sử dụng đất</th><th colspan="2">Giao đất</th><th colspan="2">Cho thuê đất</th></tr>
<tr><th>Không thu tiền sử dụng đất</th><th>Có thu tiền sử dụng đất</th><th>Thu tiền thuê tiền thuê đất hằng năm</th><th>Thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê</th></tr>
<tr><td>Tổ chức kinh tế trong nước</td><td>Đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng, đất rừng sản xuất là rừng tự nhiên.</td><td>Được giao đất để thực hiện dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp cho thuê.
Được giao đất thực hiện dự án đầu tư hạ tầng nghĩa trang, nghĩa địa để chuyển nhượng quyền sử dụng đất gắn với hạ tầng.</td><td colspan="2">Được sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối.
Đất sản xuất, kinh doanh phi nông nghiệp.
Đất xây dựng công trình công cộng có mục đích kinh doanh.
Đất để thực hiện dự án đầu tư nhà ở để cho thuê.</td></tr>
<tr><td>Các tổ chức trong nước khác</td><td>Đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng, đất rừng sản xuất là rừng tự nhiên.
Đất xây dựng công trình sự nghiệp.
Đất xây dựng trụ sở cơ quan.
Đất sử dụng vào mục đích quốc phòng, an ninh.
Đất sử dụng vào mục đích công cộng không nhằm mục đích kinh doanh.</td><td></td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>Cá nhân, hộ gia đình</td><td>Đất sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối.</td><td>Đất ở.</td><td colspan="2">Sử dụng đất để sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối.
Có nhu cầu tiếp tục sử dụng đất nông nghiệp vượt hạn mức được giao.</td></tr>
</table>

<table>
<tr><th rowspan="2">Người sử dụng đất</th><th colspan="2">Giao đất</th><th colspan="2">Cho thuê đất</th></tr>
<tr><th>Không thu tiền sử dụng đất</th><th>Có thu tiền sử dụng đất</th><th>Thu tiền thuê tiền thuê đất hằng năm</th><th>Thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê</th></tr>
<tr><td></td><td></td><td></td><td colspan="2">Sử dụng đất thương mại, dịch vụ; đất sử dụng cho hoạt động khoáng sản; đất sản xuất vật liệu xây dựng, làm đồ gốm; đất cơ sở sản xuất phi nông nghiệp.
Sử dụng đất để xây dựng công trình công cộng có mục đích kinh doanh.</td></tr>
<tr><td>Cộng đồng dân cư</td><td>Đất nông nghiệp.</td><td></td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>Cơ sở tôn giáo</td><td>Đất phi nông nghiệp.</td><td></td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>Tổ chức nước ngoài có chức năng ngoại giao</td><td></td><td></td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>Người Việt Nam định cư ở nước ngoài</td><td></td><td rowspan="2">Được giao đất để thực hiện dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp cho thuê.</td><td colspan="2">Được sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối; đất sản xuất, kinh doanh phi nông nghiệp; đất xây dựng công trình công cộng có mục đích kinh doanh; đất để thực hiện dự án đầu tư nhà ở để cho thuê.</td></tr>
<tr><td>Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài</td><td></td><td colspan="2">Được sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối; đất sản xuất, kinh doanh phi nông nghiệp; đất xây dựng công trình công cộng có mục đích kinh doanh; đất để thực hiện dự án đầu tư nhà ở để cho thuê.</td></tr>
</table>

Bảng 4

PHẠM VI GIAO DỊCH QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT

Người sử dụng đất	Quyền	Hạn chế
Tổ chức kinh tế trong nước	Nhận chuyển quyền sử dụng đất nông nghiệp thông qua chuyển đổi quyền sử dụng đất. Nhận chuyển quyền sử dụng đất thông qua nhận góp vốn bằng quyền sử dụng đất. Nhận quyền sử dụng đất thông qua việc Nhà nước cho thuê đất.	Không được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất trồng lúa, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng của hộ gia đình, cá nhân, trừ trường hợp được chuyển mục đích sử dụng đất theo quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt.
Các tổ chức trong nước khác	Nhận chuyển quyền sử dụng đất thông qua nhận góp vốn bằng quyền sử dụng đất. Nhận quyền sử dụng đất thông qua việc Nhà nước giao đất. Nhận quyền sử dụng đất thông qua việc Nhà nước cho thuê đất. Nhận quyền sử dụng đất thông qua việc Nhà nước công nhận quyền sử dụng đất đối với đất đang được sử dụng ổn định. Nhận quyền sử dụng đất theo kết quả hòa giải thành về tranh chấp đất đai được Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền công nhận; thỏa thuận trong hợp đồng thế chấp để xử lý nợ; quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về giải quyết tranh chấp đất đai, khiếu nại, tố cáo về đất đai, quyết định hoặc bản án của Tòa án nhân dân, quyết định thi hành án của cơ quan thi hành án đã được thi hành; văn bản công nhận kết quả đấu giá quyền sử dụng đất phù hợp với pháp luật; văn bản về việc chia tách quyền sử dụng đất phù hợp với pháp luật đối với hộ gia đình hoặc nhóm người có quyền sử dụng đất chung. Tổ chức là pháp nhân mới được hình thành thông qua việc chia tách hoặc sáp nhập theo quyết định của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền hoặc văn bản về việc chia tách hoặc sáp nhập tổ chức kinh tế phù hợp với pháp luật được nhận quyền sử dụng đất từ các tổ chức là pháp nhân bị chia tách hoặc sáp nhập.	Không được nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho quyền sử dụng đất đối với trường hợp mà pháp luật không cho phép chuyển nhượng, tặng cho quyền sử dụng đất.

Người sử dụng đất	Quyền	Hạn chế
Cá nhân, hộ gia đình	Nhận chuyển quyền sử dụng đất thông qua nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất. Nhận chuyển quyền sử dụng đất thông qua nhận tặng cho quyền sử dụng đất. Nhận chuyển quyền sử dụng đất thông qua nhận thừa kế quyền sử dụng đất. Nhận quyền sử dụng đất thông qua việc Nhà nước giao đất. Nhận quyền sử dụng đất thông qua việc Nhà nước cho thuê đất Nhận quyền sử dụng đất thông qua việc Nhà nước công nhận quyền sử dụng đất đối với đất đang được sử dụng ổn định. Nhận quyền sử dụng đất theo kết quả hòa giải thành về tranh chấp đất đai được Uỷ ban nhân dân cấp có thẩm quyền công nhận; thỏa thuận trong hợp đồng thế chấp để xử lý nợ; quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về giải quyết tranh chấp đất đai, khiếu nại, tố cáo về đất đai, quyết định hoặc bản án của Tòa án nhân dân, quyết định thi hành án của cơ quan thi hành án đã được thi hành; văn bản công nhận kết quả đấu giá quyền sử dụng đất phù hợp với pháp luật; văn bản về việc chia tách quyền sử dụng đất phù hợp với pháp luật đối với hộ gia đình hoặc nhóm người có quyền sử dụng đất chung.	Không được nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho quyền sử dụng đất đối với trường hợp mà pháp luật không cho phép chuyển nhượng, tặng cho quyền sử dụng đất. Không trực tiếp sản xuất nông nghiệp thì không được nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho quyền sử dụng đất trồng lúa. Không được nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho quyền sử dụng đất ở, đất nông nghiệp trong khu vực rừng phòng hộ, trong phân khu bảo vệ nghiêm ngặt, phân khu phục hồi sinh thái thuộc rừng đặc dụng, nếu không sinh sống trong khu vực rừng phòng hộ, rừng đặc dụng đó.
Cộng đồng dân cư	Nhận chuyển quyền sử dụng đất thông qua nhận tặng cho quyền sử dụng đất. Nhận chuyển quyền sử dụng đất thông qua nhận thừa kế quyền sử dụng đất. Nhận quyền sử dụng đất thông qua việc Nhà nước giao đất. Nhận quyền sử dụng đất thông qua việc Nhà nước công nhận quyền sử dụng đất đối với đất đang được sử dụng ổn định. Nhận quyền sử dụng đất theo kết quả hòa giải thành về tranh chấp đất đai được Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền công nhận; quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về giải quyết tranh chấp đất đai, khiếu nại, tố cáo về đất đai, quyết định hoặc bản án của Tòa án nhân dân, quyết định thi hành án của cơ quan thi hành án đã được thi hành.	Không được nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho quyền sử dụng đất đối với trường hợp mà pháp luật không cho phép chuyển nhượng, tặng cho quyền sử dụng đất.

Người sử dụng đất	Quyền	Hạn chế
Cơ sở tôn giáo	Nhận quyền sử dụng đất thông qua việc Nhà nước giao đất. Nhận quyền sử dụng đất thông qua việc Nhà nước công nhận quyền sử dụng đất đối với đất đang được sử dụng ổn định. Nhận quyền sử dụng đất theo kết quả hòa giải thành về tranh chấp đất đai được Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền công nhận; quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về giải quyết tranh chấp đất đai, khiếu nại, tố cáo về đất đai, quyết định hoặc bản án của Tòa án nhân dân, quyết định thi hành án của cơ quan thi hành án đã được thi hành.	Không được nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho quyền sử dụng đất đối với trường hợp mà pháp luật không cho phép chuyển nhượng, tặng cho quyền sử dụng đất.
Tổ chức nước ngoài có chức năng ngoại giao	Nhận quyền sử dụng đất thông qua việc Nhà nước cho thuê đất.	
Người Việt Nam định cư ở nước ngoài	Nhận chuyển quyền sử dụng đất thông qua nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế. Người Việt Nam định cư ở nước ngoài thuộc diện được sở hữu nhà ở tại Việt Nam theo quy định của pháp luật về nhà ở được nhận chuyển quyền sử dụng đất ở thông qua hình thức mua, thuê mua, nhận thừa kế, nhận tặng cho nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất ở hoặc được nhận quyền sử dụng đất ở trong các dự án phát triển nhà ở. Nhận quyền sử dụng đất thông qua việc Nhà nước giao đất. Nhận quyền sử dụng đất thông qua việc Nhà nước cho thuê đất. Nhận quyền sử dụng đất theo kết quả hòa giải thành về tranh chấp đất đai được Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền công nhận; thỏa thuận trong hợp đồng thế chấp để xử lý nợ; quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về giải quyết tranh chấp đất đai, khiếu nại, tố cáo về đất đai, quyết định hoặc bản án của Tòa án nhân dân, quyết định thi hành án của cơ quan thi hành án đã được thi hành; văn bản công nhận kết quả đấu giá quyền sử dụng đất phù hợp với pháp luật; văn bản về việc chia tách quyền sử dụng đất phù hợp với pháp luật đối với hộ gia đình hoặc nhóm người có quyền sử dụng đất chung.	Không được nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho quyền sử dụng đất đối với trường hợp mà pháp luật không cho phép chuyển nhượng, tặng cho quyền sử dụng đất.

Người sử dụng đất	Quyền	Hạn chế
Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài	Nhận chuyển nhượng vốn đầu tư là giá trị quyền sử dụng đất của doanh nghiệp đang sử dụng đất có nguồn gốc được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất trả tiền một lần cho cả thời gian thuê mà giá trị quyền sử dụng đất đã được vốn hóa vào vốn của doanh nghiệp, trừ trường hợp chuyển nhượng vốn đầu tư là giá trị quyền sử dụng đất sản xuất nông nghiệp, đất lâm nghiệp. Nhận quyền sử dụng đất thông qua việc Nhà nước giao đất để thực hiện các dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp cho thuê. Nhận quyền sử dụng đất thông qua việc Nhà nước cho thuê đất. Nhận quyền sử dụng đất theo kết quả hòa giải thành về tranh chấp đất đai được Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền công nhận; thỏa thuận trong hợp đồng thế chấp để xử lý nợ; quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về giải quyết tranh chấp đất đai, khiếu nại, tố cáo về đất đai, quyết định hoặc bản án của Tòa án nhân dân, quyết định thi hành án của cơ quan thi hành án đã được thi hành; văn bản công nhận kết quả đấu giá quyền sử dụng đất phù hợp với pháp luật; văn bản về việc chia tách quyền sử dụng đất phù hợp với pháp luật đối với hộ gia đình hoặc nhóm người có quyền sử dụng đất chung.	Không được nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho quyền sử dụng đất đối với trường hợp mà pháp luật không cho phép chuyển nhượng, tặng cho quyền sử dụng đất.

Bảng 5

PHẠM VI KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN CỤ THỂ CHO TỪNG ĐỐI TƯỢNG

	Mua bán/Chuyển nhượng/ Nhận chuyển nhượng	**Cho thuê/Cho thuê mua/ Cho thuê lại**	**Đầu tư xây dựng mới**
Doanh nghiệp của tổ chức, cá nhân Việt Nam	- Mua nhà, công trình xây dựng để bán, cho thuê, cho thuê mua; - Nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất để xây dựng nhà, công trình xây dựng để bán, cho thuê, cho thuê mua hoặc xây dựng hạ tầng kỹ thuật để cho thuê; - Nhận đất do Nhà nước giao để phân lô, bán nền; xây dựng đầu tư nhà ở, công trình xây dựng để bán, cho thuê, cho thuê mua; xây dựng hạ tầng kỹ thuật nghĩa trang, nghĩa địa để chuyển nhượng quyền sử dụng đất gắn với hạ tầng kỹ thuật đó; và - Nhận chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản của chủ đầu tư để xây dựng nhà, công trình xây dựng để bán, cho thuê, cho thuê mua.	- Thuê nhà, công trình xây dựng để cho thuê lại; - Thuê đất của Nhà nước để xây dựng nhà ở để cho thuê; xây dựng nhà, công trình không phải là nhà ở để bán, cho thuê, cho thuê mua; và - Thuê đất của tổ chức, hộ gia đình, cá nhân để đầu tư xây dựng và kinh doanh theo mục đích sử dụng đất.	- Nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất để xây dựng nhà, công trình xây dựng; - Nhận đất do Nhà nước giao để xây dựng đầu tư nhà ở, công trình xây dựng để bán, cho thuê, cho thuê mua; xây dựng hạ tầng kỹ thuật nghĩa trang, nghĩa địa để chuyển nhượng quyền sử dụng đất gắn với hạ tầng kỹ thuật đó; và - Nhận chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản của chủ đầu tư để xây dựng nhà, công trình xây dựng.

	Mua bán/Chuyển nhượng/ Nhận chuyển nhượng	Cho thuê/Cho thuê mua/ Cho thuê lại	Đầu tư xây dựng mới
Doanh nghiệp của người Việt Nam định cư ở nước ngoài	- Nhận chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ dự án bất động sản của chủ đầu tư để xây dựng nhà, công trình xây dựng để bán, cho thuê, cho thuê mua; - Nhận đất do Nhà nước giao để xây dựng nhà ở để bán, cho thuê, cho thuê mua; và - Nhận chuyển nhượng đất trong khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu kinh tế để xây dựng nhà, công trình xây dựng để kinh doanh theo mục đích sử dụng đất.	- Thuê nhà, công trình xây dựng để cho thuê lại; - Thuê đất của Nhà nước để xây dựng nhà ở để cho thuê; xây dựng nhà, công trình không phải là nhà ở để bán, cho thuê, cho thuê mua; - Thuê đất của tổ chức, hộ gia đình, cá nhân để đầu tư xây dựng và kinh doanh theo mục đích sử dụng đất.	Tương tự quyền đầu tư xây dựng mới bất động sản của doanh nghiệp của tổ chức, cá nhân Việt Nam.
Doanh nghiệp của tổ chức, cá nhân nước ngoài	- Nhận chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ dự án bất động sản của chủ đầu tư để xây dựng nhà, công trình xây dựng để bán, cho thuê, cho thuê mua; và - Nhận đất do Nhà nước giao để xây dựng nhà ở để bán, cho thuê, cho thuê mua.	- Thuê nhà, công trình xây dựng để cho thuê lại; - Thuê đất của Nhà nước để xây dựng nhà ở để cho thuê; xây dựng nhà, công trình không phải là nhà ở để bán, cho thuê, cho thuê mua; và - Thuê đất trong khu công nghiệp, khu công nghệ cao, khu kinh tế để xây dựng nhà, công trình xây dựng để cho thuê theo đứng mục đích sử dụng đất.	Tương tự quyền đầu tư xây dựng mới bất động sản của doanh nghiệp của tổ chức, cá nhân Việt Nam.

Bảng 6
CÁC ĐIỀU KHOẢN CỦA HỢP ĐỒNG FIDIC 1987 (RED BOOK 1987)

PHẦN I: CÁC ĐIỀU KIỆN CHUNG
Các định nghĩa và diễn giải
1.1 Các định nghĩa
1.2 Tiêu đề và các ghi chú
1.3 Diễn giải
1.4 Số ít và số nhiều
1.5 Thông báo, tán thành, chấp thuận, chứng nhận và quyết định
Kỹ sư và đại diện của kỹ sư
2.1 Quyền hạn và trách nhiệm của kỹ sư
2.2 Đại diện của kỹ sư
2.3 Quyền hạn của kỹ sư được ủy quyền
2.4 Chỉ định trợ lý
2.5 Chỉ dẫn bằng văn bản
2.6 Kỹ sư phải vô tư khi thực hiện công việc
Việc chuyển nhượng và giao thầu phụ
3.1 Chuyển nhượng hợp đồng
4.1 Giao thầu phụ
4.2 Chuyển nhượng các nghĩa vụ của nhà thầu phụ
Tài liệu hợp đồng
5.1 Ngôn ngữ và luật áp dụng
5.2 Thứ tự ưu tiên của tài liệu
6.1 Bảo quản và cung cấp các bản vẽ, tài liệu
6.2 Lưu giữ một bản vẽ tại công trường
6.3 Phá vỡ tiến độ thi công
6.4 Các chậm trễ và chi phí do việc cung cấp các bản vẽ bị trễ
6.5 Nhà thầu không đệ trình bản vẽ
7.1 Các bản vẽ và các hướng dẫn bổ sung

7.2 Các công trình vĩnh cữu do nhà thầu thiết kế
7.3 Trách nhiệm không chấm dứt khi có chấp thuận

Các nghĩa vụ chung
8.1 Trách nhiệm chủ yếu của nhà thầu
8.2 Hoạt động trên công trường và phương pháp thi công
9.1 Thỏa thuận hợp đồng
10.1 Bảo lãnh thực hiện hợp đồng
10.2 Thời hạn hiệu lực của bảo lãnh thực hiện hợp đồng
10.3 Khiếu nại đối với bảo lãnh thực hiện
11.1 Kiểm tra công trường
12.1 Tính đầy đủ của thư chào thầu
12.2 Các điều kiện hoặc các cản trở không lường trước được
13.1 Công trình phải đúng với yêu cầu của hợp đồng
14.1 Đệ trình tiến độ
14.2 Tiến độ được sửa đổi
14.3 Đệ trình dự kiến dòng tiền mặt
14.4 Nhà thầu không được giải phóng khỏi nghĩa vụ hoặc trách nhiệm
15.1 Giám sát của nhà thầu
16.1 Nhân công của nhà thầu
16.2 Kỹ sư được tự do trong việc phản đối
17.1 Mốc chuẩn
18.1 Khoan và đào hố thăm dò
19.1 An toàn, an ninh và bảo vệ môi trường
19.2 Trách nhiệm của chủ đầu tư
20.1 Trông coi công trình
20.2 Trách nhiệm đền bù các mất mát và hư hỏng
20.3 Mất mát hoặc hư hỏng do rủi ro của chủ đầu tư
20.4 Các rủi ro của chủ đầu tư
21.1 Bảo hiểm cho công trình và thiết bị của nhà thầu
21.2 Phạm vi bảo hiểm
21.3 Trách nhiệm đối với khoản không được đền bù

21.4 Loại trừ
22.1 Thiệt hại đối với người và tài sản
22.2 Miễn trừ
22.3 Chủ đầu tư đền bù
23.1 Bảo hiểm trách nhiệm bên thứ ba (bao gồm tài sản của chủ đầu tư)
23.2 Số tiền ít nhất phải bảo hiểm
23.3 Trách nhiệm chéo
24.1 Tử vong hoặc thương tật đối với nhân công
24.2 Bảo hiểm cho tai nạn của nhân công
25.1 Bằng chứng và các điều kiện bảo hiểm
25.2 Tính tương xứng của bảo hiểm
25.3 Đền bù của nhà thầu nếu không bảo hiểm
25.4 Tuân thủ với các điều kiện của bảo hiểm
26.1 Tuân thủ các luật lệ và quy định
27.1 Cổ vật
28.1 Bản quyền
29.2 Lệ phí
29.1 Cản trở giao thông và những tài sản kế bên
30.1 Tránh làm hư hỏng đường xá
30.2 Vận chuyển các thiết bị của nhà thầu hoặc các công việc tạm
30.3 Vận chuyển vật tư hoặc máy móc
30.4 Vận tải thủy
31.1 Điều kiện thuận lợi cho các nhà thầu khác
31.2 Tiện ích cho các nhà thầu khác
32.1 Nhà thầu giữ công trường ngăn nắp
33.1 Dọn sạch công trường khi hoàn thành

Lao động

34.1 Thuê mướn nhân viên và nhân công
35.1 Hồi hương lao động và thiết bị của nhà thầu

Vật tư, máy móc và tay nghề

36.1 Chất lượng của vật tư, máy móc và tay nghề

36.2 Chi phí cho sản phẩm mẫu
36.3 Chi phí thí nghiệm
36.4 Chi phí thí nghiệm không quy định trước
36.5 Kỹ sư quyết định khi thí nghiệm không được quy định trước
37.1 Giám sát hoạt động
37.2 Kiểm tra và thử nghiệm
37.3 Thời hạn để kiểm tra và thử nghiệm
37.4 Từ chối
37.5 Kiểm tra độc lập
38.1 Kiểm tra công trình trước khi phủ lấp
38.2 Để hở hoặc đánh dấu mở
39.1 Tháo dỡ công trình, vật tư hoặc thiết bị không đảm bảo
39.2 Lỗi của nhà thầu trong việc tuân thủ

Tạm ngưng

40.1 Tạm ngưng công việc
40.2 Quyết định của kỹ sư sau khi tạm ngưng
40.3 Tạm ngưng quá 84 ngày

Khởi công và chậm trễ

41.1 Khởi công công việc
42.1 Chiếm hữu công trường và lối dẫn vào công trường
42.2 Không bàn giao được quyền chiếm hữu công trường
42.3 Quyền đối với đường đi và tiện ích
43.1 Thời gian hoàn thành
44.1 Gia hạn thời gian hoàn thành
44.2 Nhà thầu gửi thông báo và đệ trình các chi tiết
44.3 Quyết định tạm thời kéo dài thời gian hoàn thành
45.1 Hạn chế giờ làm việc
46.1 Tiến độ thi công
47.1 Bồi thường do chậm trễ
47.2 Giảm bớt tiền bồi thường
48.1 Chứng nhận bàn giao

48.2 Bàn giao từng phần hoặc từng khu vực

48.3 Hoàn thành cơ bản từng phần

48.4 Khôi phục mặt bằng

Trách nhiệm bảo hành

49.1 Thời hạn bảo hành

49.2 Hoàn thành các công việc còn tồn đọng và sửa chữa các sai sót

49.3 Chi phí sữa chữa các sai sót

49.4 Nhà thầu không thi hành các chỉ dẫn

50.1 Nhà thầu tìm nguyên nhân

Thay đổi, bổ sung và bỏ đi

51.1 Phát sinh

51.2 Chỉ thị cho các phát sinh

52.1 Đánh giá các phát sinh

52.2 Quyền của tư vấn xác định đơn giá

52.3 Các phát sinh vượt quá 15 phần trăm

52.4 Đơn giá ngày công (công nhật)

Thủ tục khiếu nại

53.1 Thông báo khiếu nại

53.2 Tài liệu lưu giữ tạm thời

53.3 Giải trình cho các khiếu nại

53.4 Không tuân thủ

53.5 Thanh toán cho các khiếu nại

Thiết bị của nhà thầu, công việc tạm và vật tư

54.1 Thiết bị của nhà thầu, công việc tạm và vật tư chuyên dùng cho công trình

54.2 Chủ đầu tư không chịu trách nhiệm về hư hỏng

54.3 Thông quan

54.4 Tái xuất các thiết bị của nhà thầu

54.5 Điều kiện cho thuê các thiết bị của nhà thầu

54.6 Chi phí cho mục đích của Điều 63

54.7 Kết hợp các điều kiện trong hợp đồng thầu phụ
54.8 Không bao gồm việc chấp thuận ngầm các vật liệu

Đo đạc
55.1 Khối lượng
56.1 Công việc được đo đạc
57.1 Phương pháp đo đạc
57.2 Bảng kê chi tiết cho các hạng mục trọn gói

Tổng tạm tính
58.1 Định nghĩa tổng tạm tính
58.2 Việc sử dụng tổng tạm tính
58.3 Cung cấp các biên lai

Nhà thầu phụ được chỉ định
59.1 Định nghĩa nhà thầu phụ được chỉ định
59.2 Nhà thầu phụ được chỉ định; Phản đối việc chỉ định
59.3 Yêu cầu thiết kế phải được thể hiện rõ
59.4 Thanh toán cho nhà thầu phụ được chỉ định
59.5 Xác nhận thanh toán cho nhà thầu phụ được chỉ định

Xác nhận và thanh toán
60.1 Báo cáo hằng tháng
60.2 Thanh toán hằng tháng
60.3 Thanh toán tiền bảo lưu
60.4 Hiệu chỉnh chứng nhận thanh toán
60.5 Báo cáo vào lúc hoàn thành
60.6 Báo cáo quyết toán
60.7 Giải phóng trách nhiệm
60.8 Chứng nhận thanh toán sau cùng
60.9 Chấm dứt trách nhiệm của chủ đầu tư
60.10 Thời gian thanh toán
61.1 Chấp thuận bởi chứng nhận hết hạn bảo hành
62.1 Chứng nhận hết hạn bảo hành
62.2 Các nghĩa vụ chưa hoàn thành

Sửa chữa sai sót

63.1 Lỗi của nhà thầu

63.2 Đánh giá vào ngày chấm dứt

63.3 Thanh toán sau khi chấm dứt

63.4 Chuyển nhượng các lợi ích của thỏa thuận

64.1 Công việc sửa chữa cấp tốc

Các rủi ro đặc biệt

65.1 Không chịu trách nhiệm cho các rủi ro đặc biệt

65.2 Các rủi ro đặc biệt

65.3 Thiệt hại đối với công trình bởi các rủi ro đặc biệt

65.4 Bom, đạn, tên lửa

65.5 Gia tăng chi phí từ các rủi ro đặc biệt

65.6 Xảy ra chiến tranh

65.7 Di chuyển thiết bị của nhà thầu khi chấm dứt

65.8 Thanh toán nếu như hợp đồng bị chấm dứt

Giải phóng việc thực hiện hợp đồng

66.1 Thanh toán trong trường hợp được giải phóng thực hiện hợp đồng

Giải quyết tranh chấp

67.1 Quyết định của kỹ sư tư vấn

67.2 Giải quyết hữu hảo

67.3 Trọng tài

67.4 Không tuân thủ với quyết định của kỹ sư tư vấn

Thông báo

68.1 Thông báo cho nhà thầu

68.2 Thông báo cho chủ đầu tư và kỹ sư tư vấn

68.3 Thay đổi địa chỉ

Lỗi của chủ đầu tư

69.1 Lỗi của chủ đầu tư

69.2 Di chuyển thiết bị của nhà thầu

69.3 Thanh toán vào lúc chấm dứt

69.4 Quyền tạm ngưng công việc của nhà thầu

69.5 Khôi phục hoạt động

Thay đổi chi phí và thay đổi luật pháp

70.1 Tăng hoặc giảm chi phí

70.2 Thay đổi luật lệ

Tiền tệ và tỷ giá chuyển đổi

71.1 Các hạn chế tiền tệ

72.1 Tỷ giá chuyển đổi

72.2 Tỷ trọng các loại tiền tệ

72.3 Các loại đồng tiền thanh toán cho tổng tạm tính

Bảng 7
CÁC ĐIỀU KHOẢN CỦA HỢP ĐỒNG FIDIC 1999
(BẢNG RÚT GỌN)

Điều	FIDIC		
	Red Book	**Yellow Book**	**Silver Book**
	Tiêu đề		
1	Các quy định chung		
2	Chủ đầu tư		
3	Nhà tư vấn		Quản lý của chủ đầu tư
4	Nhà thầu		
5	Nhà thầu phụ chỉ định	Thiết kế	Thiết kế
6	Nhân sự và lao động		
7	Máy móc, thiết bị và tay nghề		
8	Khởi công, trễ hạn và tạm ngưng		
9	Thử nghiệm vào lúc hoàn thành		
10	Chủ đầu tư nhận bàn giao		
11	Trách nhiệm bảo hành		
12	Đo đạc và đánh giá	Thử nghiệm sau khi hoàn thành	Thử nghiệm sau khi hoàn thành
13	Phát sinh và hiệu chỉnh		
14	Giá hợp đồng và thanh toán		
15	Chấm dứt bởi chủ đầu tư		
16	Tạm ngưng và chấm dứt bởi nhà thầu		
17	Rủi ro và trách nhiệm		
18	Bảo hiểm		
19	Bất khả kháng		
20	Khiếu nại, giải quyết tranh chấp		

Bảng 8
NHỮNG ĐIỂM TƯƠNG ĐỒNG CỦA MẪU HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG BAN HÀNH KÈM THÔNG TƯ 09/2016/TT-BXD VỚI CÁC QUY ĐỊNH CỦA HỢP ĐỒNG FIDIC RED BOOK 1999

FIDIC Red Book 1999	Thông tư 09/2016/TT-BXD	
Điều/khoản	**Điều/ khoản**	**Tiêu đề**
1.1 & 1.2	1	Các định nghĩa và diễn giải
1.5	2	Hồ sơ hợp đồng và thứ tự ưu tiên
1.4	3	Luật và ngôn ngữ sử dụng
4.2 & 14.2	4	Bảo đảm thực hiện và bảo đảm tạm ứng
4.1	5	Nội dung và khối lượng công việc
4, 7, 9, 10	6	Yêu cầu về chất lượng sản phẩm và nghiệm thu, bàn giao sản phẩm hợp đồng thi công xây dựng
8	7	Thời gian và tiến độ thực hiện hợp đồng
14	8	Giá hợp đồng, tạm ứng và thanh toán
13.7 & 13.8	9	Điều chỉnh giá hợp đồng
2	10	Quyền và nghĩa vụ của chủ bên giao thầu
4	11	Quyền và nghĩa vụ chung của bên nhận thầu
3	12 & 13	Quyền và nghĩa vụ của bên nhận thầu tư vấn
4.4	14	Nhà thầu phụ
4, 17	15	An toàn lao động, bảo vệ môi trường và phòng chống cháy nổ
4.19	16	Điện, nước và an ninh công trường
16	17	Tạm ngừng và chấm dứt hợp đồng bởi bên giao thầu
15	18	Tạm ngừng và chấm dứt hợp đồng bởi bên nhận thầu
18 & 11	19	Bảo hiểm và bảo hành
17 & 19	20	Rủi ro và bất khả kháng
13.2	21	Thưởng hợp đồng và phạt vi phạm hợp đồng

20	22	Khiếu nại và xử lý tranh chấp
14.11, 14.12 & 14.13	23	Quyết toán và thanh lý hợp đồng
Không tồn tại	24	Hiệu lực của hợp đồng
Không tồn tại	25	Điều khoản chung

Bảng 9
CÁC LOẠI MẪU ĐIỀU KIỆN HỢP ĐỒNG FIDIC CHỦ YẾU

STT	Điều kiện hợp đồng	Năm ấn hành	Ghi chú
1	Điều kiện hợp đồng thầu phụ		
1.1	Điều kiện hợp đồng thầu phụ	2011	Dùng cho các hợp đồng thầu phụ (giữa tổng thầu và nhà thầu hoặc giữa nhà thầu chính và nhà thầu phụ hoặc nhà thầu phụ chỉ định). Dùng chung với Red Book 1999, Pink Book (2005, 2006, 2010).
1.2	Điều kiện hợp đồng thầu phụ	2009	Bản dùng thử
1.3	Điều kiện hợp đồng thầu phụ	1994	Dùng cho các hợp đồng thầu phụ (giữa tổng thầu và nhà thầu hoặc giữa nhà thầu chính và nhà thầu phụ hoặc nhà thầu phụ chỉ định - kiểm tra tính chính xác). Dùng chung với Red Book 1987.
2	Điều kiện hợp đồng thầu chính sử dụng vốn tài trợ của các ngân hàng tái thiết (ADB, WB, v.v.)		Chỉ áp dụng cho các dự án được các ngân hàng tái thiết tài trợ vốn. Chỉ áp dụng cho loại xây dựng truyền thống (chưa có phiên bản design & build).
2.1	Điều kiện hợp đồng thầu chính sử dụng vốn tài trợ của các ngân hàng tái thiết	2010	
2.2	Điều kiện hợp đồng thầu chính sử dụng vốn tài trợ của các ngân hàng tái thiết	2006	
2.3	Điều kiện hợp đồng thầu chính sử dụng vốn tài trợ của các ngân hàng tái thiết	2005	
3	Điều kiện hợp đồng thầu chính		
3.1	Red Book 1999	1999	Nhà thầu chỉ thi công mà không thường xuyên đảm nhận việc thiết kế. Được sử dụng nhiều trong lĩnh vực xây dựng dân dụng.

3.2	Yellow Book 1999	1999	Nhà thầu vừa thiết kế vừa thi công. Được sử dụng nhiều trong lĩnh vực xây dựng dân dụng.
3.3	Silver Book 1999	1999	Nhà thầu vừa thiết kế vừa thi công. Được sử dụng nhiều trong lĩnh vực xây dựng công nghiệp.
3.4	Green Book (Short Form)	1999	Chỉ sử dụng cho các dự án có giá trị thấp (dưới 10 tỷ đồng); thời hạn thi công ngắn (dưới 6 tháng); công việc lặp đi lặp lại; hoặc việc thiết kế không phức tạp.
3.5	Red Book 1987	1987	Nhà thầu vừa thiết kế vừa thi công. Được sử dụng nhiều trong lĩnh vực xây dựng dân dụng.
4	Gold Book	2008	Dùng cho các dự án hạ tầng: BOT, BT, BTO, PPP.
5	Blue Green Book	2006	Dùng cho các hoạt động nạo vét dòng sông, cải thiện vệ sinh môi trường.
6	Mẫu hợp đồng tư vấn/ khách hàng	2006	Dùng cho các hoạt động tư vấn hoặc cung cấp dịch vụ, chẳng hạn hợp đồng thiết kế.
7	Mẫu hợp đồng liên danh	1992	Dùng cho các chủ thể tham gia các hoạt động đấu thầu hoặc để triển khai đầu tư dự án.

Bảng 10
QUYỀN HẠN VÀ NHIỆM VỤ CỦA NHÀ TƯ VẤN ĐỐI VỚI MỘT SỐ VẤN ĐỀ CHÍNH THEO CÁC ĐIỀU KIỆN HỢP ĐỒNG FIDIC RED BOOK 1999

STT	Vấn đề	Tham chiếu
1	Nhà tư vấn ban hành các chỉ dẫn/hướng dẫn được xem là phù hợp để làm rõ những điểm không rõ ràng hoặc đa nghĩa trong các tài liệu hợp đồng	1.5
2	Nhà tư vấn không có quyền sửa đổi hợp đồng	3.1
3	Nhà tư vấn được xem như hành động thay mặt cho hoặc vì lợi ích của chủ đầu tư	1.1.2.4; 1.1.2.6; 3.1(a);
4	Các phê duyệt, chấp thuận hay quyết định của nhà tư vấn không giải phóng hay làm giảm bớt nghĩa vụ của bất kỳ bên nào theo quy định của hợp đồng	3.1(b); 3.1(c);
5	Nhà tư vấn ban hành các chỉ dẫn, hướng dẫn, quyết định, đánh giá một cách công bằng và mẫn cán.	3.5
6	Nhà tư vấn ban hành chứng chỉ bàn giao công việc	10.1 & 10.2
7	Nhà tư vấn ban hành chứng chỉ hoàn thành	11.9
8	Nhà tư vấn chỉ định để nhà thầu thuê mướn nhà thầu phụ chỉ định	5; 13.5(b)
9	Nhà tư vấn ban hành các chứng nhận thanh toán	14.2. 13.6 và 14.13
10	Nhà tư vấn quyết định các vấn đề về gia hạn thời gian hoàn thành	8.4; 8.5; 20.1
11	Các quyết định, chỉ dẫn, xác nhận, phê duyệt của nhà tư vấn có thể được xem xét lại bởi Ban xử lý tranh chấp hoặc Trọng tài/Tòa án.	20

Bảng 11

DANH SÁCH CÁC VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT TRONG LĨNH VỰC SỞ HỮU TRÍ TUỆ

A. QUYỀN TÁC GIẢ VÀ QUYỀN LIÊN QUAN

I. VĂN BẢN PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Luật sở hữu trí tuệ và các văn bản hướng dẫn thi hành:

1. Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 sửa đổi, bổ sung năm 2009;

2. Nghị định số 100/2006/NĐ-CP ngày 21 tháng 9 năm 2006 của Chính phủ hướng dẫn Bộ luật dân sự, Luật sở hữu trí tuệ về quyền tác giả và quyền liên quan (được sửa đổi bởi Nghị định số 85/2011/NĐ-CP ngày 20 tháng 9 năm 2011, và Nghị định số 01/2012/NĐ-CP ngày 4 tháng 1 năm 2012);

3. Nghị định số 105/2006/NĐ-CP ngày 22 tháng 9 năm 2006 của Chính phủ hướng dẫn Bộ luật dân sự, Luật sở hữu trí tuệ về bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ và quản lý nhà nước về sở hữu trí tuệ (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 119/2010/NĐ-CP ngày 30 tháng 12 năm 2010);

4. Nghị định số 131/2013/NĐ-CP ngày 16 tháng 10 năm 2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính về quyền tác giả, quyền liên quan sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 28/2017/NĐ-CP ngày 20 tháng 3 năm 2017;

5. Thông tư số 211/2016/TT-BTC ngày 10 tháng 11 năm 2016 của Chính phủ về phí đăng ký quyền tác giả, quyền liên quan;

6. Thông tư liên tịch số 07/2012/TTLT-BTTTT-BVNTTDL ngày 19 tháng 6 năm 2012 của Bộ Thông tin và Truyền thông và Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch quy định trách nhiệm của doanh nghiệp cung cấp dịch vụ trung gian trong việc bảo hộ quyền tác giả, quyền liên quan trên mạng internet và mạng viễn thông;

7. Thông tư số số 15/2012/TT-BVHTTDL ngày 13 tháng 12

năm 2012 của Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch hướng dẫn hoạt động giám định quyền tác giả, quyền liên quan;

8. Chỉ thị số 04/2007/CT-TTg ngày 22 tháng 2 năm 2007 của Thủ tướng Chính phủ về việc tăng cường quản lý và thực thi bảo hộ chương trình máy tính;

9. Chỉ thị số 36/2008/CT-TTg ngày 31 tháng 12 năm 2008 của Thủ tướng Chính phủ về việc tăng cường quản lý và thực thi bảo hộ quyền tác giả, quyền liên quan;

10. Thông tư liên tịch số 02/2008/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BVHTTDL-BKHCN-BTP ngày 3 tháng 4 năm 2008 của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ trưởng Bộ Tư pháp và Bộ trưởng Bộ Tài chính hướng dẫn giải quyết tranh chấp quyền tác giả, quyền liên quan tại Tòa án nhân dân;

11. Bộ luật hình sự năm 1999 sửa đổi, bổ sung năm 2009 (Điều 170A); Bộ luật hình sự năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017 (Điều 225) (Có hiệu lực thi hành từ ngày 01-01-2018).

Các luật chuyên ngành có liên quan:

1. Luật báo chí năm 2016;

2. Luật xuất bản năm 2004 sửa đổi, bổ sung năm 2008;

3. Luật di sản văn hóa năm 2001 sửa đổi, bổ sung năm 2009;

4. Luật điện ảnh năm 2006 sửa đổi, bổ sung năm 2009;

5. Luật xuất bản năm 2012;

6. Luật quảng cáo năm 2012;

7. Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012;

8. Pháp lệnh thư viện năm 2001.

II. HIỆP ĐỊNH, ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ

Hiệp định song phương:

1. Hiệp định Việt Nam - Hoa Kỳ về thiết lập quan hệ quyền tác giả năm 1997;

2. Hiệp định Việt Nam - Thuỵ Sĩ về bảo hộ SHTT và hợp tác SHTT năm 1999;

3. Hiệp định Thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ năm 2000.

Điều ước quốc tế đa phương:

1. Công ước Berne năm 2004;

2. Công ước Geneva năm 2005;

3. Công ước Brussels năm 2006;

4. Công ước Rome năm 2007;

5. Hiệp định TRIPs năm 2007.

Hiệp định kinh tế thương mại tự do khu vực:

1. Hiệp định Khu vực thương mại tự do ASEAN (AFTA)

2. Hiệp định thương mại tự do ASEAN - Trung Quốc (ACFTA)

3. Hiệp định thương mại tự do ASEAN - Hàn Quốc (AKFTA)

4. Hiệp định thương mại tự do ASEAN - Nhật Bản (AJFTA)

5. Hiệp định thương mại tự do ASEAN - Australia - New Zealand (AANZFTA)

Hiệp định kinh tế thương mại tự do song phương:

1. Hiệp định đối tác kinh tế Việt Nam - Nhật Bản (VJEPA)

2. Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - Hàn Quốc (VKFTA)

3. Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - Liên minh kinh tế Á - Âu (VNEAEUFTA)

4. Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - Liên minh châu Âu (EVFTA).

B. QUYỀN SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP

1. Bộ luật dân sự năm 2015;

2. Bộ luật hình sự năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017;

3. Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 sửa đổi, bổ sung năm 2009;

4. Luật hải quan năm 2014;

5. Nghị định 103/2006/NĐ-CP ngày 22 tháng 9 năm 2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật sở hữu trí tuệ về sở hữu công nghiệp (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 122/2010/NĐ-CP);

6. Nghị định 105/2006/NĐ-CP ngày 22 tháng 9 năm 2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật sở hữu trí tuệ về bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ và quản lý nhà nước về sở hữu trí tuệ (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 119/2010/NĐ-CP);

7. Nghị định 99/2013/NĐ-CP ngày 29 tháng 08 năm 2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp;

8. Nghị định 78/2015/NĐ-CP ngày 14 tháng 09 năm 2015 của Chính phủ về đăng ký doanh nghiệp;

9. Thông tư 01/2007/TT-BKHCN ngày 14 tháng 02 năm 2007 của Bộ Khoa học và Công nghệ hướng dẫn thi hành Nghị định 103/2006/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật sở hữu trí tuệ (sửa đổi, bổ sung bởi Thông tư 18/2011/TT-BKHCN, Thông tư 13/2010/TT-BKHCN và Thông tư 05/2013/TT-BKHCN);

10. Thông tư 13/2015/TT-BTC ngày 30 tháng 01 năm 2015 của Bộ Tài chính quy định về kiểm tra, giám sát, tạm dừng làm thủ tục hải quan đối với hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu có yêu cầu bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ; kiểm soát hàng giả và hàng hóa xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ;

11. Thông tư 01/2008/TT-BKHCN ngày 25 tháng 02 năm 2008 của Bộ Khoa học và Công nghệ hướng dẫn việc cấp, thu hồi Thẻ giám định viên sở hữu công nghiệp và Giấy chứng nhận tổ chức đủ điều kiện hoạt động giám định sở hữu công nghiệp (sửa đổi, bổ sung bởi Thông tư 04/2009/TT-BKHCN và Thông tư 04/2012/TT-BKHCN);

12. Thông tư 263/2016/TT-BTC ngày 14 tháng 11 năm 2016 của Bộ Tài chính quy định mức thu, chế độ thu, nộp, quản lý và sử dụng phí, lệ phí sở hữu công nghiệp;

13. Thông tư 11/2015/TT-BKHCN ngày 26 tháng 6 năm 2015 của Bộ Khoa học và Công nghệ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Nghị định 99/2013/NĐ-CP;

14. Thông tư liên tịch số 14/2016/TTLT-BTTTT-BKHCN ngày 08 tháng 6 năm 2016 của Bộ Thông tin và Truyền thông, Bộ Khoa học và Công nghệ hướng dẫn trình tự, thủ tục thay đổi, thu hồi tên miền vi phạm pháp luật về sở hữu trí tuệ.

Bảng 12

THỦ TỤC ĐĂNG KÝ CÁC ĐỐI TƯỢNG SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP

	Thẩm định hình thức	**Công bố đơn**	**Thẩm định nội dung**	**Cấp văn bằng bảo hộ**
Sáng chế/ Giải pháp hữu ích	1 tháng kể từ ngày nộp đơn	- Trong tháng thứ 19 kể từ ngày ưu tiên/ngày nộp đơn hoặc trong thời hạn 02 tháng kể từ ngày chấp nhận đơn hợp lệ (tùy theo ngày nào muộn hơn) - Đơn quốc tế theo Hiệp ước hợp tác về sáng chế (PCT): 02 tháng kể từ ngày chấp nhận đơn hợp lệ sau khi vào giai đoạn quốc gia - 02 tháng kể từ ngày nhận được yêu cầu công bố sớm (nếu có yêu cầu)	18 tháng kể từ ngày công bố đơn hoặc từ ngày nhận được yêu cầu thẩm định	10 ngày kể từ ngày nộp đầy đủ lệ phí cấp văn bằng
Thiết kế bố trí			Không có thẩm định nội dung	
Nhãn hiệu		2 tháng kể từ ngày chấp nhận đơn hợp lệ	9 tháng kể từ ngày công bố đơn	
Kiểu dáng công nghiệp			7 tháng kể từ ngày công bố đơn	
Chỉ dẫn địa lý			6 tháng kể từ ngày công bố đơn	

Chịu trách nhiệm xuất bản và nội dung
Q. GIÁM ĐỐC - TỔNG BIÊN TẬP
PHẠM CHÍ THÀNH

Biên tập nội dung: TS. NGUYỄN THỊ QUỲNH NGA
Trình bày bìa: NGUYỄN ĐOÀN
Chế bản vi tính: NGỌC NAM
Sửa bản in: PHÒNG BIÊN TẬP
Đọc sách mẫu: PHÒNG BIÊN TẬP KỸ THUẬT

In 1.700 cuốn, khổ 16 x 24cm, tại Xí nghiệp in FAHASA,
Địa chỉ: 779 Trường Chinh, phường 15, quận Tân Bình, TP. Hồ Chí Minh.
Số đăng ký xuất bản 2835-2017/CXBIPH/6-121/CTQG.
Quyết định xuất bản số 2239-QĐ/NXBCTQG ngày 25-10-2017.
In xong và nộp lưu chiểu tháng 11-2017.
Mã số ISBN: 978-604-57-3446-9.